

Die Arrestprosequierung nach schweizerischem Recht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

BAHIR HIKMET ARDINAY
von Zürich

genehmigt auf Antrag von
Prof. Dr. Max Guldener

Die Arrestprosequierung nach schweizerischem Recht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von
BAHIR HIKMET ARDINAY
von Zürich

genehmigt auf Antrag von
Prof. Dr. Max Guldener

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 19. Juni 1954.

Der Dekan:
Prof. Dr. Hans Nef.



INHALTSVERZEICHNIS

Verzeichnis der Abkürzungen	VI
Verzeichnis der Literatur	VII
Verzeichnis der Zeitschriften und Judikatursammlungen	X
Verzeichnis der Gesetze, Materialien, Verträge und sonstigen Erlasse . . .	XI
Einführung	XIII

1. Abschnitt.

Die Prosequierung des Arrestes im allgemeinen.

§ 1. Die Pflicht zur Prosequierung des Arrestes	1
§ 2. Die drei Fälle hinsichtlich der Pflicht zur Anhebung der Betreibung .	1
I. Das massgebende Moment der Einteilung. II. Die sich daraus ergebenden drei Fälle.	

2. Abschnitt.

Die Prosequierung des Arrestes ohne vorgängige Betreibung oder Klage.

1. Unterabschnitt.

Die gemeinsamen Grundsätze.

§ 3. Die Pflicht zur Anhebung der Betreibung	3
I. Im allgemeinen. II. Bei Vorliegen eines gültigen Verlust- oder Pfandausfallscheins.	
§ 4. Die Möglichkeit der Arrestprosequierung durch Klage statt Betreibung	5
I. Im allgemeinen. II. Die besondere Regelung mit Frankreich.	
§ 5. Die Frist zur Anhebung der Betreibung	7
I. Allgemeines. II. Die Verwirkung, Verlängerung und Einhaltung der Frist. III. Die Folgen deren Nichtbeachtung.	
§ 6. Die Subjekte der Betreibung	9

2. Unterabschnitt.

Die Betreibung auf Pfändung.

§ 7.	Der Ort der Betreibung I. Die Begründung des speziellen Betreibungsortes. II. Zur zwingenden Natur des Forum arresti. III. Sein Dahinfallen.	10
§ 8.	Das Betreibungsbegehren	12
§ 9.	Der Zahlungsbefehl I. Allgemeines. II. Seine Zustellung. III. Verweis auf die ordentliche Betreibung.	13
§ 10.	Der Rechtsvorschlag I. Funktion. II. Zu seiner Anbringung. III. Die Mittel zur Beseitigung. IV. Die Frist zur Beseitigung.	14
§ 11.	Die Rechtsöffnung I. Funktion. II. Forum. III. Verweis auf die ordentliche Betreibung. IV. Wirkungen.	18
§ 12.	Die Arrestprosequireungsklage I. Funktion. II. Bei Steuerforderungen. III. Ihr Inhalt. IV. Zur Frist der Klageanhebung. V. Forum. VI. Zu den zuständigen Behörden. VII. Zum Verfahren. VIII. Wirkungen. IX. Bei mehreren Arrestnahmen.	19
§ 13.	Der Nachweis neuen Vermögens I. Die Zulässigkeit des besonderen Verfahrens zur Feststellung neuen Vermögens in der Arrestbetreibung. II. Die Frist zur Anbringung des Begehrens. III. Forum. IV. Wirkungen.	30
§ 14.	Die besonderen Verteidigungsmittel des Betriebenen aus materiell-rechtlichen Gründen I. Allgemeines. II. Das Begehren um Aufhebung oder Einstellung der Betreibung. III. Die Rückforderungsklage.	31
§ 15.	Die Pfändung I. Allgemeines. II. Ort. III. Das Erfordernis eines Pfändungsbegehrens. IV. Die Frist zu dessen Stellung. V. Zum Pfändungsvollzug. VI. Die Unpfändbarkeitseinrede. VII. Die Drittansprachen. VIII. Der Umfang der Pfändung.	31
§ 16.	Die Anschlusspfändung I. Der Anschluss des Arrestgläubigers an die Pfändung anderer Gläubiger. II. Der Anschluss anderer Gläubiger an die Pfändung des Arrestgläubigers. III. Die privilegierte Anschlusspfändung.	39
§ 17.	Die Verwertung	44
§ 18.	Die Verteilung I. Allgemeines. II. Das Kostenprivileg. III. Die Nachpfändung. IV. Der Verlustschein. V. Die Quittierung.	45

3. Unterabschnitt.

Die Betreibung auf Pfandverwertung.

§ 19.	Die Zulässigkeit des Arrestes für den ungedeckten Teil einer Pfand-versicherten Forderung I. Die Regel. II. Die Ausnahme.	47
-------	--	----

§ 20.	Die Prosequierung des Arrestes für den ungedeckten Teil einer pfandversicherten Forderung	48
	I. Prosequierung durch Betreibung auf Pfandverwertung. II. Die Beachtung der Prosequierungsvorschriften. III. Die Rechtslage der arrestierten Objekte. IV. Zum Anschluss- und Kostenprivileg.	

4. Unterabschnitt.

Die Betreibung auf Konkurs.

§ 21.	Die ordentliche Konkursbetreibung	51
	I. Allgemeines. II. Der Ort. III. Verweis auf das ordentliche Konkursrecht, zum Anschluss- und Kostenprivileg.	
§ 22.	Die Wechselbetreibung	54
§ 23.	Die Konkurseröffnung ohne Betreibung	55

3. Abschnitt.

Die Prosequierung des Arrestes mit vorgängiger Betreibung.

§ 24.	Die Dispensation von der Anhebung einer neuen Betreibung	56
§ 25.	Die Umwandlung der vorgängigen Betreibung in eine Arrestbetreibung	56

4. Abschnitt.

Die Prosequierung des Arrestes mit vorgängiger Klage.

§ 26.	Die Pflicht zur nachträglichen Anhebung der Betreibung	57
§ 27.	Die besonderen Merkmale der nachträglich anzuhebenden Betreibung	57

VERZEICHNIS DER ABKÜRZUNGEN

(Siehe auch die folgenden Verzeichnisse.)

A.	Auflage
a. A.	am Anfang
a. a. O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
A. F.	Alte Folge
a. M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AS	Eidgenössische Gesetzessammlung. Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen. Seit 1948: Sammlung der eidgenössischen Gesetze, Bern A. F. 1850 ff., N. F. 1875 ff.
BBl	Bundesblatt der Schweiz. Eidgenossenschaft, Bern 1848 ff.
Bd., Bde.	Band, Bände
betr.	betreffend
BS	Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848—1947, Bern 1949 ff.
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d. h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
f., ff.	und folgende
F.-N.	Fussnote
g. M.	gleicher Meinung
K.	Karte
lit.	litera
m. a. W.	mit anderen Worten
m. E.	meines Erachtens
m. W.	meines Wissens
N.	Note
N. F.	Neue Folge
Nr.	Nummer
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
OS	Offizielle Sammlung der das schweizerische Staatsrecht betr. Aktenstücke, A. F., 3 Bde., Zürich 1820, 1838, 1849
Red.	Redaktion
S.	Seite
sog.	sogenannt
u. a.	unter anderem (n)
usw.	und so weiter
v. a.	vor allem
vgl.	vergleiche
Z.	Ziffer
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung

VERZEICHNIS DER LITERATUR
(In Klammern die verwendeten Abkürzungen.)

- Blumenstein, E., Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1909—1911 (Blumenstein).
- Die Zwangsvollstreckung für öffentlichrechtliche Geldforderungen nach schweizerischem Recht, Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Bern an das Schweizerische Bundesgericht, Bern 1924, S. 181 ff. (Blumenstein, Festgabe).
- System des Steuerrechts, 2. A., Zürich 1951 (Blumenstein, System).
- Bonnard, H., La séquestre d'après la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Diss. Lausanne 1914 (Bonnard).
- Brunner, E., Das Rechtsöffnungsverfahren, Diss. Bern 1898 (Brunner).
- Burckhardt, W., Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. A., Bern 1931 (Burckhardt).
- v. Büren, B., Über die Einrede des mangelnden neuen Vermögens gemäss SchKG Art. 265, SJZ 41/265ff. (v. Büren).
- Bürgi, J., Das Widerspruchsverfahren nach Art. 106 bis 109 SchKG, BSchK 10/1ff. (Bürgi).
- Coninx, O., Die Bedeutung der Wohnsitzgarantie von Art. 59 BV im internationalen Rechtsverkehr, Diss. Zürich 1942 (Coninx).
- Escher, A., Neuere Probleme aus der Rechtssprechung zum französisch-schweizerischen Gerichtsstandvertrag vom 15. Juni 1869, Diss. Zürich 1937 (Escher).
- Favre, A., Cours de droit des poursuites, Fribourg 1953 (Favre).
- De l'acte de défaut de biens, ZSR N.F. 50/51 ff. (Favre, acte de défaut de biens).
- Fleiner/Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949 (Fleiner/Giacometti).
- Fritzsche, H., Schuldbetreibung, Konkurs und Sanierung nach schweizerischem Recht, 1. Hbd., Zürich 1954 (Fritzsche).
- Gentinetta, R., Die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung nach dem SchKG, Diss. Freiburg 1932 (Gentinetta).
- Gmür, P., Kritische Untersuchungen über die neuere bundesrechtliche Praxis zur Gerichtsstandgarantie des Art. 59 BV, Diss. Zürich 1939 (Gmür).
- Greder/Jornot, Leitfaden für Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Deutsche Bearbeitung von Hindermann, W., Zürich 1949 (Greder/Jornot).
- Guldener, M., Das Schweizerische Zivilprozessrecht, 2 Bde., Zürich 1947—1948 (Guldener).
- Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951 (Guldener, IZPR).

- Hagmann, A., Der Gerichtsstand des Arrestortes für die Klage auf Anerkennung der Arrestforderung, SJZ 17/198 f. (Hagmann).
- Huber, E., Die Aberkennungsklage des Art. 83 SchKG und ihre Stellung im Berechtigungsprozess, ZSR N.F. 27/25 ff. (Huber).
- Jaeger, C., Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. A., Zürich 1911 (Jaeger).
- Jaeger/Daeniker, Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis der Jahre 1911—1945, Zürich 1947 (Jaeger/Daeniker).
- Jaeger, C., Die Erlasse betreffend Schuldbetreibung und Konkurs. Neu bearbeitet von Daeniker M., 5. A., Zürich 1950 (Jaeger, Textausgabe).
- Jud, K., Die Entwicklung der Rechtssprechung zum Arrestrecht des SchKG, Diss. Zürich 1940 (Jud).
- Keller, E., Das Recht der provisorischen Pfändung des Arrestnehmers, MSchK 1/45 ff., 65 ff. (Keller).
- Drittansprachen im Arrestverfahren, ZSchK 14/138 ff. (Keller, Drittansprachen).
- Leemann, H., Die Konkursgründe nach dem SchKG, Diss. Bern 1904 (Leemann).
- Der schweizerische Verlustschein, Abhandlungen zum schweizerischen Recht Heft 23, Bern 1907 (Leemann, Verlustschein).
- Lenhard, H., Widerspruchsverfahren und Widerspruchsklage nach den Bestimmungen des SchKG, Diss. Bern 1945 (Lenhard).
- Lenzi, A., Die Betreibungsstände nach dem SchKG, Diss. Zürich 1934 (Lenzi).
- Lienhart, E., Der Verlustschein, 2. A., Zürich 1936 (Lienhart).
- Der Arrest im schweizerischen Recht, Zürich 1938 (Lienhart, Arrest).
- Lott, H., Die Besonderheiten in der Zwangsvollstreckung von eidgenössischen Steuerforderungen nach schweizerischem Betreibungsrecht, Diss. Zürich 1950 (Lott).
- Lutz, O., Gerichtsstandsklausel und Aberkennungsklage, SJZ 31/212 ff. (Lutz).
- Martin, A., Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 1908 (Martin).
- Meili, F., Lehrbuch des internationalen Konkursrechts, Zürich 1909 (Meili).
- Moderne Staatsverträge über das internationale Konkursrecht, Zürich 1907 (Meili, Staatsverträge).
- Meli, V., Zur angeblich spezialexekutorischen Natur der sog. Arrestbetreibung, ZSR N.F. 45/182 ff. (Meli).
- Meyer-Wild, H., Zur Frage des Gerichtsstandes für die Arrestprosequierungsklage, SJZ 16/253 ff. (Meyer-Wild).
- Ott, E., Das Arrestverfahren nach dem SchKG, Diss. Zürich 1900 (Ott).
- v. Overbeck, A., Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2. A., Zürich 1940 (v. Overbeck).
- Panchaud/Caprez, Die Rechtsöffnung, Deutsche Übersetzung von Jaeger/Daeniker, Zürich 1945 (Panchaud/Caprez).
- Raggenbass, J., Die privilegierte Anschlusspfändung nach schweizerischem Recht, Diss. Freiburg 1944 (Raggenbass).
- Reichel, A., Der Gerichtsstandvertrag mit Frankreich und dessen Verhältnis zur Schuldbetreibung, ASchK 2/173 ff. (Reichel, Gerichtsstandvertrag).

- Reichstein, A., Die Betreibung für nicht rechtskräftige Steuerforderungen im zürcherischen Recht, SJZ 19/143 f. (Reichstein).
- Riemer, I., Die Wechselbetreibung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1924 (Riemer).
- Roquin, E., Conflits des lois suisses en matière internationale et intercantonale, Lausanne 1891 (Roquin).
- v. Salis L., Die Zwangsvollstreckung für öffentlichrechtliche Geldansprüche, ASchK 5/215 ff. (v. Salis).
- Schlatter, F., Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Zürich 1893 (Schlatter).
- Schmid, E., Der Zahlungsbefehl, Diss. Bern 1930. Auch erschienen in den Abhandlungen zum schweizerischen Recht Heft 56 (Schmid).
- Schoch, A., Art. 59 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 betreffend den Schutz des Schuldners beim Richter seines Wohnortes, Diss. Zürich 1882 (Schoch).
- Schweizerische Juristische Kartothek Genf 1941 ff., Karten 185—187, 679, 699, 740, 741, 763, 764, 957, 967, 968, 978, 979, 981, 991, 992 (SJK).
- Voegeli, H., Der Rechtsvorschlag nach schweizerischem SchKG, Diss. Bern 1931 (Voegeli).
- Wagner, W., Fragen aus dem Gebiete der Widerspruchsklage Art. 106 bis 109 SchKG, Diss. Zürich 1942 (Wagner).
- Weber/Brüstlein, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. A. von Reichel, A., Zürich 1901 (Reichel).
- Zuppinger, F., Die Arrestprosequierungsklage nach Art. 278 Abs. 2 SchKG, ihre Normierung in den kantonalen Zivilprozessrechten, Diss. Zürich 1945 (Zuppinger).

VERZEICHNIS DER ZEITSCHRIFTEN UND JUDIKATURSAMMLUNGEN

ASchK	Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs, Bern 1892—1911.
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung, Lausanne 1875 ff..
BlZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zürich 1902 ff..
BSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs, Wädenswil 1937 ff..
HE	Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen, Zürich 1882—1901.
JT	Journal des Tribunaux, Lausanne 1853 ff..
MSchK	Monatsblätter für Betreibungs- und Konkursrecht, Zürich 1908—1911.
Pra	Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1912 ff..
Rep	Repertorio di Giurisprudenza Patria, Bellinzona 1866 ff..
RSchK	Rechtsfreund in Betreibungs- und Konkursachen, Rapperswil 1901—1913.
Semjud	Semaine Judiciaire, Genève 1879 ff..
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich 1904 ff..
VAargR	Vierteljahresschrift für Aargauische Rechtsprechung, Aarau 1901—1946. (Seit 1947: Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide, AargGVE).
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern 1865 ff..
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel 1852 ff..
ZSchK	Schweizerische Zeitschrift für Betreibungs- und Konkursrecht sowie für Zivilprozessrecht, Zürich 1912—1927.

VERZEICHNIS

DER GESETZE, MATERIALIEN, VERTRÄGE UND SONSTIGEN ERLASSE

GESETZE

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874.
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889.

MATERIALIEN

Zum SchKG, in chronologischer Reihenfolge.

Entw 1875	Entwurf mit Motiven vorgelegt durch die Kommissionsminorität vom September 1875.
Entw I 1886	Entwurf des Bundesrates vom 23. Februar 1886.
Antr SR 1886	Anträge der Kommission des Ständerates vom 24. Oktober 1886.
Prot SR 1886	Auszug aus dem Protokoll der ständerätlichen Kommission vom Oktober 1886.
Entw II 1886	Entwurf nach den Beschlüssen der ständerätlichen Kommission von 1886.
Prot NR 1887	Auszug aus dem Protokoll der Kommission des Nationalrates vom März 1887.
Beschl BVers 1887	Beschluss der Bundesversammlung (1. Beratung) vom 30. Juni 1887.
Vorl I 1888	Vorlage des Bundesrates vom 27. Januar 1888. Dazu Botschaft vom 10. Februar 1888.
Beschl BVers 1888	Beschluss der Bundesversammlung (2. Beratung) vom 29. Juni 1888.
Entw 1888	Entwurf auf Grund der Beschlüsse der Bundesversammlung vom 29. Juni und 14. Dezember 1888.
Vorl II 1888	Vorlage des Bundesrates auf Grund des in zweiter Lesung gefassten Beschlusses der Bundesversammlung vom 7. Dezember 1888.

VERTRÄGE

In systematischer Reihenfolge.

Gerichtsstandvertrag	Vertrag zwischen der Schweiz und Frankreich über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Zivilsachen vom 15. Juni 1869, AS 1869/1002 ff., BS 12/347 ff. (bereinigter Text).
BBeschl 1869	Bundesbeschluss betreffend den Vertrag zwischen der Schweiz und Frankreich über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Zivilsachen vom 24. Juli 1869, AS 1869/1001.
Botsch BR 1869	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum neuen Staatsvertrag mit Frankreich betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse vom 28. Juni 1869, BBl 1869 II 476 ff..

Zusatzakte	Zusatzakte zum Verträge zwischen der Schweiz und Frankreich über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Zivilsachen vom 4. Oktober 1935, AS 1936/442 f., BS 12/347 ff. (Die Zusatzakte sind in der BS in den ursprünglichen Vertragstext eingefügt worden).
BBeschl 1936	Bundesbeschluss betreffend die Zusatzakte zum Verträge mit Frankreich über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Zivilsachen vom 25. April 1936, AS 1936/441, BS 12/357 f..
VO 1936	Verordnung betreffend die Zusatzakte zum Gerichtsstandsvertrag mit Frankreich vom 29. Juni 1936, AS 1936/517f., BS 3/197 f..
Botsch BR 1936	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Zusatzakte zum Gerichtsstandsvertrag mit Frankreich vom 14. April 1936, BBl 1936 I 693 ff..
Erklärung	Erklärung zwischen der Schweiz und Frankreich betreffend die Übermittlung von gerichtlichen und aussergerichtlichen Aktenstücken sowie von Requisitionen in Zivil- und Handelssachen vom 1. Februar 1913, AS 1913/12ff., BS 2/298ff..
Haager Übereinkunft	Haager Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht vom 17. Juli 1905, AS 1909/418 ff., BS 12/277 ff..

SONSTIGE ERLASSE

In systematischer Reihenfolge.

VZG	Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 23. April 1920, BS 3/116 ff..
KrSchr 26	Kreisschreiben der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts Nr. 26 vom 20. Oktober 1910 betreffend die Fortsetzung der Betreibung, wenn der Rechtsvorschlag gestützt auf ein ausserkantonales Urteil beseitigt wurde, Jaeger, Textausgabe S. 585 f..
KrSchr 27	Kreisschreiben der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts Nr. 27 vom 1. November 1910 betreffend die Frist für die Stellung des Fortsetzungsbegehrens durch den Arrestgläubiger, Jaeger, Textausgabe S. 586 f..
Anw OGer	Anweisung des Obergerichts des Kantons Zürich zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs sowie zum Gebührentarif vom 11. Februar 1952.
Rech Ber	Rechenschaftsberichte des Obergerichts und des Kassationsgerichts an den Kantonsrat des Kantons Zürich, Zürich 1832ff..

EINFÜHRUNG

Zur Sicherung gefährdeter oder als gefährdet erscheinender Geldforderungen räumt das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz bei Vorliegen eines der in Art. 271 angeführten Arrestgründen dem Gläubiger die Möglichkeit ein, bestimmte Vermögensobjekte des angeblichen Schuldners vorübergehend beschlagnahmen zu lassen. Es soll damit verhindert werden, dass an und für sich pfändbare Gegenstände auf irgendwelche Art und Weise der Zwangsexekution entzogen werden. Der Arrest erweist sich insbesondere in denjenigen Fällen als ein unentbehrliches Hilfsmittel, in denen das ordentliche Betreibungsverfahren zu langsam oder überhaupt nicht möglich wäre. Der Fortbestand einer vorgenommenen Arrestnahme hängt jedoch von der Erfüllung gewisser Pflichten* seitens des Gläubigers ab, die im Interesse des Schuldners auferlegt wurden und im wesentlichen den Zweck verfolgen, den Gläubiger anzuhalten, innert möglichst kurzer Zeit für die Arrestforderung die Zwangsvollstreckung zu erwirken.

Die vorliegende Arbeit versucht diese Obliegenheiten des Gläubigers und die damit in Zusammenhang stehenden Fragen — kurz das, was man in der juristischen Fachterminologie als Arrestprosequierung zu bezeichnen pflegt — systematisch darzustellen. Das Schwergewicht liegt dabei auf dem Hauptgegenstand dieser Arrestprosequierung, auf der sog. Arrestbetreibung, die in verschiedener Hinsicht von der gewöhnlichen Schuldbetreibung abweicht. Behandelt werden sollen v. a. diese Eigenarten, und nicht diejenigen Fragen, die sich gleich verhalten, wie in der ordentlichen Betreibung. Aus diesem Grunde lassen sich die zahlreichen Verweise auf die letztere rechtfertigen.

Bei der Erörterung der eben angedeuteten Probleme wurde neben der diesbezüglichen Literatur auch auf die Verarbeitung der einschlägigen Entscheide Wert gelegt, und zwar auch auf die älteren, da vielen von ihnen heute noch grosse Bedeutung als Präjudizien zukommt. Sofern es sich als nützlich erwies, wurden zudem die Gesetzesmaterialien herangezogen, dank welchen verschiedene dunkle Punkte erhellt werden konnten. Schliesslich wurden die folgenden Ausführungen durch die wertvollen Anregungen und Hinweise von Herrn Prof. Dr. M. Guldener gefördert, dem an dieser Stelle herzlicher Dank ausgesprochen sein möge.

* Das Wort „Pflicht“ möge in dieser Arbeit in einem weiteren, allgemeinen und nicht im engeren, juristisch-technischen Sinne verstanden werden.

1. Abschnitt

DIE PROSEQUIERUNG DES ARRESTES IM ALLGEMEINEN

§ 1. Die Pflicht zur Prosequierung des Arrestes

Weil der Arrest — um seinem Zweck als amtliches Schutz- und Sicherungsmittel nachkommen zu können — in einem summarischen Verfahren vollzogen werden muss, was u. a. mit sich bringt, dass die Arrestbewilligung ohne Anordnung einer Parteiverhandlung erfolgt, und dem Betroffenen gegen den Arrestbefehl weder ein Berufungs- noch ein Beschwerde-recht gewährt wird, besteht die Möglichkeit, dass die Beschlagnahme zu Unrecht erfolgt, und der angebliche Arrestschuldner (Arrestimpetrat) dadurch benachteiligt und geschädigt wird. Dieser Gefahr soll er während möglichst kurzer Zeit ausgesetzt bleiben. Deshalb wird der Arrestgläubiger (Arrestimpetrant) gezwungen, den Arrest innerhalb gewissen vom Gesetz festgelegten Fristen zu prosequieren, d. h. diejenigen Schritte zu tun, um gegenüber dem Schuldner hinsichtlich der Arrestobjekte definitive Exekutionsrechte zu erlangen¹.

§ 2. Die drei Fälle hinsichtlich der Pflicht zur Anhebung der Betreibung

I. Der deutsche Gesetzestext schreibt hinsichtlich der Prosequierungspflicht in Art. 278 Abs. 1 SchKG vor: „Hatte der Gläubiger nicht schon vor der Bewilligung des Arrestes Betreibung oder Klage angehoben, so ist er gehalten, binnen zehn Tagen nach Zustellung der Arresturkunde die Betreibung anzuheben.“ Als massgebend zur Bestimmung, ob bereits eine Betreibung bzw. Klage anhängig sei, die den Arrestgläubiger von der Anhebung einer neuen Betreibung dispensiert, wird danach die Bewilligung des Arrestes betrachtet. Der entsprechende französische Text stimmt in dieser Hinsicht mit dem deutschen nicht genau überein; er lautet nämlich: „Le créancier qui a fait opérer un séquestre sans poursuite ou action préalable, est tenu de requérir la poursuite dans les dix jours de la réception du procès-verbal.“

Diese Abweichung der beiden Gesetzestexte führte in der Lehre zu Meinungsverschiedenheiten. Während Bonnard² die deutsche Fassung als kor-

1) Vgl. Ott S. 110 f.; Blumenstein S. 841 f.; Greder-Jornot S. 140.

2) S. 245 ff..

rekt betrachtet, sieht Ott³ die französische als die richtigere an, da nach ihm nicht der Moment der Arrestbewilligung, sondern der Zeitpunkt des Arrestvollzugs ausschlaggebend sein muss. Schliesslich bezeichnet Jaeger⁴ die Zustellung der Arresturkunde als entscheidend.

Dieser Frage kommt insbesondere dann eine praktische Bedeutung zu, falls der Arrestgläubiger aus irgendeinem Grunde nach der Arrestbewilligung aber vor der Zustellung der Arresturkunde Betreibung bzw. Klage anzuheben begehrt, was ihm von Gesetzes wegen nicht verweigert werden kann. Hält man sich genau an den Wortlaut des deutschen Gesetzestextes, so bleibt es ihm trotz Anhebung der Betreibung bzw. Klage innerhalb der fraglichen Zeitspanne nicht erspart, binnen zehn Tagen nach Zustellung der Arresturkunde Betreibung anzuheben. Zum selben Ergebnis führt das strenge Festhalten am französischen Wortlaut, allerdings nur sofern die Anhebung der Betreibung bzw. Klage nach dem Arrestvollzug, aber vor der Zustellung der Arresturkunde erfolgt.

Ob diese unzweckmässige Doppelspurigkeit dem wahren Willen des Gesetzgebers entspricht, erscheint m. E. als problematisch. Vielmehr ist anzunehmen, dass bei der Fassung des Art. 278 Abs. 1 SchKG der Fall, wo der Arrestgläubiger innerhalb der umstrittenen Zeitspanne Betreibung bzw. Klage anzuheben wünscht, zu wenig oder möglicherweise gar nicht ins Auge gefasst wurde. Gegen diese Auffassung scheint auf den ersten Blick die Tatsache zu sprechen, dass Art. 215 Abs. 1 der Vorl 1 1888, der wie folgt lautete: „Hatte der Gläubiger vor Auswirkung des Arrestes für seine Forderung nicht Betreibung angehoben, so ist er gehalten, binnen zehn Tagen seit Empfang des Doppels der Arresturkunde das Betreibungsbegehren einzureichen“, nachträglich fallen gelassen und durch den geltenden Art. 278 Abs. 1 ersetzt wurde. Dafür spricht aber, dass die heute in Kraft stehenden deutschen und französischen Texte voneinander abweichen, wobei der letztere sinngemäss demjenigen des genannten Entwurfes entspricht, indem sie beide den Zeitpunkt des Arrestvollzugs als massgebend betrachten. Jedoch ganz abgesehen davon, bestünde für den Gesetzgeber kein stichhaltiger Grund, um den Arrestgläubiger anzuhalten, nach Ablauf der zehntägigen Frist nochmals Betreibung einzuleiten, falls er bereits im Zeitraum zwischen der Arrestbewilligung und der Zustellung der Arresturkunde Betreibung bzw. Klage angehoben hat. Bonnard⁵ glaubt, dass der Arrestschuldner benachteiligt werde, falls es dem Gläubiger erlaubt sei, während dieser Zeitspanne Klage anzuheben, nämlich insofern als der Gläubiger durch Einleitung der Klage sich der Pflicht der Betreibungsanhebung innerhalb der zehntägigen Frist entziehen könne. Dieser Einwand erscheint m. E. nicht als absolut stichhaltig; er wird dadurch relativiert, dass sich der Gläubiger der genannten Pflicht praktisch im selben Masse auch dadurch zu entziehen

3) S. 114 F.-N. 164.

4) Art. 278 N. 1.

5) S. 246 f..

vermag, dass er die Klage unverzüglich vor der Arrestbewilligung einreicht. Schliesslich erscheint die Tatsache, dass die hier vertretene Auffassung mit dem Gesetzestext — insbesondere mit dessen deutscher Fassung — nicht im Einklang steht, m. E. deshalb als irrelevant, weil nötigenfalls auch eine Interpretation gegen den Wortlaut des Gesetzes gestattet ist, wenn der tiefere Sinn des Gesetzes dies verlangt.

Den angebrachten Erörterungen beizufügen bleibt allerdings noch, dass der Arrestgläubiger, der nach der Arrestbewilligung Betreibung anhebt, diese am ordentlichen Betreibungsort einzuleiten hat, denn das Forum arresti wird — wie weiter hinten noch zu zeigen sein wird⁶ — erst durch den vollzogenen Arrest begründet. In dieser Hinsicht als nicht ganz zutreffend erscheint deshalb ein älterer Entscheid des Bundesgerichts⁷, in dem die Einleitung der Betreibung am Arrestort auch vor dem Arrestvollzug gebilligt wurde.

II. Gemäss den gemachten Feststellungen sind hinsichtlich der Anhebungspflicht der Betreibung nach Art. 278 Abs. 1 SchKG somit drei Fälle zu unterscheiden:

Der Arrestgläubiger hat vor der Zustellung der Arresturkunde weder Betreibung noch Klage angehoben.

Der Arrestgläubiger hat vor der Zustellung der Arresturkunde bereits Betreibung angehoben.

Der Arrestgläubiger hat vor der Zustellung der Arresturkunde bereits Klage angehoben.

Da sich die Prosequierungsart des Arrestes mehr oder weniger verschieden gestaltet, je nachdem der eine oder andere Fall vorliegt, sind diese drei Möglichkeiten in den folgenden drei Abschnitten getrennt zu behandeln.

2. Abschnitt

DIE PROSEQUIERUNG DES ARRESTES OHNE VORGÄNGIGE BETREIBUNG ODER KLAGEN

1. Unterabschnitt

DIE GEMEINSAMEN GRUNDSÄTZE

§ 3. Die Pflicht zur Anhebung der Betreibung

I. Hat der Gläubiger nicht schon vor der Arrestbewilligung oder nach derselben aber vor der Zustellung der Arresturkunde Betreibung bzw. Klage⁸ angehoben, so muss er gemäss Art. 278 Abs. 1 SchKG binnen zehn Tagen

6) Siehe S. 11.

7) BGE 29 I 565 ff. insbesondere 567 E. 1.

8) Nach bundesgerichtlicher Praxis steht einer Klage gleich die Anhängigmachung eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs bei der zuständigen Verwaltungsinstanz, BGE 50 III 89 (= Pra 13/233).

nach Zustellung der genannten Urkunde die Betreibung anheben. Dies muss der Gläubiger selbstverständlich auch tun, wenn er zwar eine Klage eingereicht hat, diese aber aus irgendeinem Grunde — zum Beispiel wegen Abweisung oder eines zustandegekommenen Vergleichs — nicht mehr hängig ist, ferner, falls er eine Betreibung eingeleitet hat, diese aber — beispielsweise infolge Nichtbeachtung von Fristen oder wegen Verzichts — dahingefallen ist⁹.

II. Der besonderen Betrachtung bedarf in diesem Zusammenhang noch das Problem, ob ein Arrest, der binnen sechs Monaten seit Ausstellung eines Verlustscheins erwirkt wird, durch ein neues Betreibungsbegehren prosequiert werden muss oder nicht.

Das Bundesgericht hat in einem Entscheid aus dem Jahre 1933¹⁰ die Frage bejaht¹¹. Es führt darin u. a. aus, dass der Arrestgläubiger von der Pflicht des Art. 278 Abs. 1 insbesondere deshalb nicht etwa entbunden sei, weil die Nachwirkung des Verlustscheins aus der früheren Betreibung diese als noch bestehende, bzw. bereits anhängige Betreibung im Sinne der zitierten Vorschrift erscheinen lasse, in welchem Falle keine Prosequierung des Arrestes vorgeschrieben sei, und daher das Betreibungsamt eines vom Wohnort verschiedenen Arrestortes im ungewissen bleibe, ob der Arrest mangels Prosequierung dahingefallen sei, was nicht gerade als zweckmässig erachtet werden könne. Diese Auffassung scheint m. E. nicht ganz mit der Bestimmung von Art. 149 Abs. 3 SchKG im Einklang zu stehen, wonach der Gläubiger noch während sechs Monaten nach Zustellung des Verlustscheins ohne neuen Zahlungsbefehl die Betreibung fortsetzen kann. Warum soll diese Vorschrift nicht auch für die Arrestbetreibung Geltung haben, vorausgesetzt, dass es sich um einen definitiven Verlustschein handelt¹². Ein gültiger und rechtskräftiger Zahlungsbefehl bleibt in Kraft, auch wenn sich inzwischen der Betreibungsort ändert. Ferner ist kaum anzunehmen, dass die eben vertretene Ansicht dem Art. 278 Abs. 1 widerspricht. Aus dieser Bestimmung lässt sich m. E. nicht entnehmen, dass ein Gläubiger, der einen definitiven Verlustschein besitzt und innerhalb von sechs Monaten nach Ausstellung desselben einen Arrest erwirken lässt, gehalten ist, in Abweichung von Art. 149 Abs. 3 neuerdings die Betreibung einzuleiten. Vielmehr ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber die Betreibung auch dann im Sinne von Art. 278 Abs. 1 als bereits angehoben verstanden haben will, wenn diese zwar im Zeitpunkt der Zustellung der Arresturkunde durchgeführt, aber seit Ausstellung des Verlustscheins noch nicht sechs Monate verstrichen sind. Dass dem so ist, ergibt sich aus der Tatsache, dass das Gesetz in Art. 149 Abs. 3 die binnen sechs Monaten auf Grund eines Verlustscheins erwirkte Betreibung nicht als eine neue, sondern als die Fortsetzung der vorangehenden betrachtet. Schliesslich kann auch nicht die Tatsache, dass durch die

9) Vgl. Bonnard S. 248.

10) BGE 59 III 115 ff. (= Pra 22/241 ff.).

11) So auch BSchK 17/58; Anw OGer Z. 356.

12) G. M. Blumenstein S. 852 F.-N. 79; Jaeger Art. 278 N. 2.

Entbindung des Arrestgläubigers von der Pflicht der Betreibungsanhebung das Betreibungsamt des vom Wohnort verschiedenen Arrestortes allenfalls im ungewissen bleibt, ob der Arrest mangels Prosequierung dahingefallen sei oder nicht, ausschlaggebend sein.

Der Gläubiger, der innerhalb sechs Monaten seit Zustellung eines definitiven Verlustscheins einen Arrest erwirkt, soll folglich nicht vorerst das Betreibungsbegehren anbringen müssen, sondern gleich das Pfändungsbegehren stellen können¹³.

Dasselbe gilt in analoger Weise auch für den Gläubiger, der einen Pfandausfallschein besitzt. Auch dieser darf ohne neuen Zahlungsbefehl gemäss Art. 158 Abs. 2 binnen einem Monat Betreibung auf dem Wege der Pfändung oder des Konkurses führen und damit den für den ungedeckten Teil der pfandversicherten Forderung erwirkten Arrest gültig prosequieren¹⁴.

§ 4. Die Möglichkeit der Arrestprosequierung durch Klage statt Betreibung

I. Der Entw 1875 gab in § 155 dem Arrestgläubiger, der noch nicht Betreibung bzw. Klage angehoben hat, die Wahl, innerhalb einer peremptorischen Frist — die durch die Aufsichtsbehörde gleichzeitig mit der Bewilligung der Beschlagnahme anzusetzen war — entweder die Betreibung einzuleiten oder den Prozess zu beginnen. In den späteren Entwürfen sowie im heute geltenden Gesetz bestand bzw. besteht eine solche Wahlmöglichkeit gemäss ausdrücklichem Wortlaut nicht mehr.

Trotzdem aber herrscht in der Lehre über diese Frage nicht völlige Einstimmigkeit. Zweifel hegt v. a. Jaeger, weil — wie er sich ausdrückt — das einzige Motiv, weshalb eine direkte Klage beim Gericht nicht zugelassen werde, darin bestehe, dass der Arrestschuldner durch die Betreibung auf die einfachste Weise und ohne Kosten in den Stand gesetzt werde, über die behauptete Forderung Kenntnis zu erhalten; eine Klagezustellung könne doch aber diesen Zweck in gleicher Weise erfüllen, die Kosten seien bei dem fast an allen Orten der Klageanhebung vorangehenden Sühneverfahren kaum grösser¹⁵. Diese Argumentation mag vielleicht bis zu einem bestimmten Grad zutreffen, aber nicht restlos zu befriedigen, und zwar namentlich nicht hinsichtlich der Kostenfrage, da das Sühneverfahren lange nicht in allen Fällen zu einer Einigung der Parteien führt, so dass eine Hauptverhandlung unvermeidlich wird, was aber zwangsläufig die Kosten erhöht und zudem das Verfahren umständlicher und länger gestaltet. Zutreffender ist deshalb m. E. die andere Ansicht, welche sich an den Wortlaut des Gesetzes hält. Sie wird namentlich vertreten durch Bonnard¹⁶, Jud¹⁷, Blumenstein¹⁸. Die ersteren beiden Autoren weisen zur Begründung

13) Siehe S. 32 f..

14) Vgl. BlZR 18/123 f. und hinten S. 48 ff..

15) Art. 278 N. 2 S. 325.

16) S. 249.

17) S. 82.

18) S. 852 F.-N. 79.

ihrer These u. a. auf die Entstehungsgeschichte des Art. 278 SchKG hin, woraus sich ergibt, dass ursprünglich der Gläubiger in allen Fällen gezwungen werden sollte, den Arrest durch unmittelbare Betreibung zu prosequieren, falls er den Arrest vor Auswirkung des Zahlungsbefehls legen lässt¹⁹. Erst die Vorl I 1888 sah in Art. 215 Abs. 3 eine dem heute geltenden Art. 278 Abs. 3 entsprechende Bestimmung vor, wonach der Arrestgläubiger, der zur Zeit der Arrestlegung bereits eine Klage eingereicht hat, die Betreibung erst zehn Tage nach dem gerichtlichen Erkenntnis anzuheben braucht. Aber ganz abgesehen davon, erscheint die Anhebung der Betreibung als die rationellere Lösung; sie führt rascher zur Klarstellung der Verhältnisse, und es wird dadurch sowohl dem Schuldner als auch dem Gläubiger besser gedient. Der erstere erhält die Gelegenheit, durch Erhebung des Rechtsvorschlags auf möglichst einfache und unkostspielige Weise seine Rechte geltend zu machen. Der letztere hingegen erlangt damit darüber Gewissheit, ob er überhaupt noch Klage anheben muss, oder ob auch ohne solche die Zwangsvollstreckung vorgenommen werden kann²⁰.

II. Eine besondere Regelung besteht mit Frankreich seit dem Inkrafttreten²¹ der Zusatzakte zum französisch-schweizerischen Gerichtsstandvertrag. Bis dahin wurde in der Lehre und Praxis mehrheitlich die Zulässigkeit des Arrestes gegen einen in Frankreich wohnenden Franzosen verneint, sofern die Arrestnahme nicht als eine Urteilsvollstreckung im Sinne der Art. 15 ff. des Staatsvertrags angesehen werden konnte, oder zum Erlass des erforderlichen Prosequierungsurteils nicht ohnehin die schweizerische Gerichtsbarkeit zuständig war²².

Durch die erwähnten Zusatzakte wurde diesem unabgeklärten Zustand ein Ende gesetzt, und die Behörden der Vertragsstaaten ermächtigt, die in ihrer Gesetzgebung vorgesehenen vorläufigen und sichernden Massnahmen — wozu zweifelsohne auch der Arrest zu zählen ist —²³ zu treffen, ohne die sonst massgebende Gerichtszuständigkeit zur Entscheidung über die Sache selbst berücksichtigen zu müssen. Gestützt auf diese Vereinbarung und in Ausführung von Art. 2 des BBeschl 1936 hat das Bundesgericht in Art. 1 der VO 1936 bezüglich der Prosequierung von Arresten gegen in Frankreich wohnende Franzosen folgende von Art. 278 SchKG abweichende Rege-

19) Siehe Art. 199 des Entw I 1886; in diesem Sinne auch Art. 192 des Entw II 1886 und Beschl BVers 1887.

20) G. M. BGE 34 I 852 ff. (= ASchK 13/106 ff. = MSchK 3/157 ff.); BIZR 9/61; ZBJV 46/630.

21) 29. Juni 1936.

22) Vgl. zu den verschiedenen Meinungen u. a. Ott S. 116 ff.; Reichel, Gerichtsstandvertrag a.a.O. S. 173 ff.; Meili S. 193 ff.; Bonnard S. 218 ff.; Escher S. 48 ff.; Jud S. 100 f.; Guldener, IZPR S. 124 F.-N. 23 und die dortigen Literaturangaben sowie von den zahlreichen Entscheiden BGE 7/767, 15/242, 18/763, 771, 21/710, 23 II 1570 f., 26 I 87 ff., 28 I 258, 33 I 642, 791 E. 2, 35 I 169, 596, 38 I 145, 41 I 208, 529, 45 I 240, 46 I 372, 49 I 278, 551 E. 3, 51 I 336 ff., 53 I 156 E. 3, 56 I 184 E. 2, 57 I 217, 58 I 109, 58 II 164, 59 I 30; ASchK 2/123; MSchK 3/68, 4/207; ZSchK 2/181, 6/48, 8/24, 9/138, 12/18.

23) BGE 63 I 242; Botsch BR 1936 a.a.O. S. 695.

lung getroffen: Der Gläubiger hat, anstatt innerhalb zehn Tagen nach Zustellung der Arresturkunde die Betreibung einzuleiten, binnen dreissig Tagen die Klage auf Anerkennung seines Forderungsrechts beim natürlichen Richter des Beklagten in Frankreich anzuheben, wobei diese Frist als eingehalten gilt, wenn innerhalb dieser Zeit das Begehren, ein Sühneverfahren anzuordnen — sofern ein solches möglich ist — gestellt wird. Obsiegt der Kläger in diesem in Frankreich durchgeführten Prozess, so ist er verpflichtet, binnen dreissig Tagen nach Mitteilung und Rechtskraft des ergangenen Urteils in der Schweiz die Betreibung anzuheben, die jedoch nicht auf dem Wege des Konkurses fortgesetzt werden darf, da gemäss Art. 6 des Gerichtstandvertrags die Konkurseröffnung nur am Wohnsitz zulässig ist.

Diese von der ordentlichen abweichende Regelung musste deshalb getroffen werden, um nicht gegen die Gerichtsstandsvorschriften des Vertrags zu verstossen, denn wollte man für die Prosequierung Art. 278 unverändert als anwendbar erklären, so könnte der Gläubiger die Anerkennungsklage allenfalls in der Schweiz anstellen, wenn der Kanton, in dem die Arrestnahme erfolgte, für diese Klage das Forum arresti vorsehen würde. Dadurch aber würde der Betreibene — weil es sich dabei um eine Klage über den Bestand der Forderung handelt — dem staatsvertraglich vorgesehenen Richter entzogen²⁴.

Art. 1 der VO 1936 kommt auch bei Arrestverfahren für Forderungen aus Unfällen, die durch den Verkehr mit Strassenfahrzeugen verursacht wurden, zur Anwendung, falls der Gläubiger — von seinem Wahlrecht gemäss Art. 2 der VO 1936 Gebrauch machend — die Klage beim natürlichen Richter des Beklagten in Frankreich anhebt. Erklärt er hingegen, dass er am Unfallorte Klage erheben will oder gibt er überhaupt keine Erklärung ab, so kommt Art. 278 unverändert zur Anwendung.

§ 5. Die Frist zur Anhebung der Betreibung

I. Gemäss Art. 278 Abs. 1 SchKG ist der Gläubiger gehalten, binnen zehn Tagen nach Zustellung der Arresturkunde²⁵ die Betreibung anzuheben, wobei der Tag der Zustellung nicht mitberechnet wird.

Diese zehntägige Frist sah schon Art. 199 Abs. 1 des Entw I 1886 vor. Sie wurde jedoch während der zweiten Session der ständerätlichen Kommission (19.—31. Juli 1886) auf Antrag Herzog fallen gelassen, und der Gläubiger angehalten, gleichzeitig mit der Zustellung des Arrestaktes an den Schuldner das Betreibungsbegehren zu stellen²⁶. Während den Beratungen der nationalrätlichen Kommission (14.—23. Februar und 21.—22. März

24) Botsch BR 1936 a.a.O. S. 693 ff. insbesondere 695 ff.; BGE 63 I 241 f. E. 2, 74 III 14 ff. (=Pra 37/192 f. =Semjud 70/523 ff.), 76 I 36 f. (=Pra 39/209 f. =Semjud 72/369 ff.); Semjud 62/501 ff..

25) Vgl. dazu Jaeger Art. 276 N. 5.

26) Siehe Prot SR zu Art. 199; Entw II 1886 Art. 192 Abs. 1.

1887) wurde auf Antrag Bachmann die gestrichene zehntägige Frist wieder aufgenommen mit der Begründung, der Gläubiger solle Zeit haben, ehe er zur Anhebung der Betreibung schreiten müsse, zu untersuchen, ob er mit dem erwirkten Arrest überhaupt etwas erzielt habe oder nicht²⁷. Die Frist wurde in der Vorl I 1888 Art. 215 Abs. 1 beibehalten allerdings mit der Abänderung, dass nun nicht mehr für den Beginn des Fristenlaufs auf die Zustellung des Arrestaktes an den Schuldner abgestellt wurde, sondern auf den Empfang der Arresturkunde durch den Gläubiger. Diese Regelung blieb in den folgenden Beratungen unangefochten und gilt — wie anfangs dieses Paragraphen angeführt — heute noch.

II. Die zehntägige Frist ist selbstverständlich nicht dahin zu verstehen, dass der Gläubiger nicht schon vor deren Ablauf Betreibung anheben darf. Dazu ist er ohne weiteres befugt, und zwar nach dem Arrestvollzug auch am Arrestort, vorher jedoch nur am ordentlichen Betreibungsort²⁸.

Die Anhebung der Betreibung kann aber nicht nach Ablauf der genannten Frist noch erfolgen, denn es handelt sich um eine sog. Verwirkungsfrist; eine Restitution erscheint somit als ausgeschlossen²⁹. Nicht ganz richtig in dieser Hinsicht ist deshalb ein Entscheid des Cour de Justice Civile von Genf³⁰, in dem eine Verlängerung der zehntägigen Frist im Falle, wo der Arrestgläubiger seinen Wohnsitz im Ausland hatte, bejaht wurde. Die Argumentation des genannten Gerichtes lässt sich zwar durchaus anhören, und die Frage, ob es nicht billiger wäre, wenn das Gesetz für diese Fälle — ähnlich der Regelung in den Zusatzakten zum französisch-schweizerischen Gerichtsstandsvertrag³¹ — eine entsprechend längere Frist vorsehen würde, erscheint keineswegs als unberechtigt. Solange aber eine solche nicht ausdrücklich vorgesehen ist, gilt es, die zehntägige in allen Fällen einzuhalten.

Eine Verlängerung wie sie Art. 63 SchKG für den Fall, dass das Ende einer Frist in die Zeit der Ferien oder des Rechtsstillstandes fällt, vorsieht, kommt ebenfalls nicht in Betracht, da in concreto diese Verlängerung eine Vergünstigung gegenüber dem Gläubiger bedeuten würde, die Betreibungsferien und Rechtsstillstände aber eine dem Schuldner gewährte Vergünstigung darstellen³².

Die Frist wird jedoch unterbrochen durch die Anhebung der Arrestaufhebungsklage seitens des Schuldners. Dies bestimmt das Gesetz ausdrücklich in Art. 279 Abs. 2 letzter Satz. •

Die Anhebung der Betreibung gilt als erfolgt mit der Stellung des Betreibungsbegehrens³³. Die Zustellung des Zahlungsbefehls an den Betrie-

27) Siehe Prot NR zu Art. 192; Beschl BVers 1887 Art. 192.

28) Vgl. S. 11.

29) G. M. Bonnard S. 251; Jud S. 80.

30) Semjud 33/779 ff..

31) Vgl. S. 6 f..

32) Siehe Jaeger Art. 63 N. 5.

33) BlZR 11/255 (=SJZ 10/69).

benen innert diesen zehn Tagen ist nicht erforderlich, denn unter „Anhebung der Betreibung“ versteht der Gesetzgeber nur die Einleitung der Betreibung durch Erfüllung des Betreibungsbegehrens. Dies ergibt sich deutlich aus der Überschrift und den Artikeln des 2. Titels Z. V SchKG (Art. 67 ff.). Das Bundesgesetz führt diesbezüglich in einem Entscheid³⁴ auch noch einen in sachlicher Hinsicht wohl berechtigten Grund an, dahingehend, dass die Beachtung der zehntägigen Frist nicht mehr allein vom Willen des Arrestgläubigers, sondern auch von Handlungen Dritter (Betreibungsbeamte usw.) sowie von anderen Umständen (Erreichbarkeit des Schuldners usw.) abhängen würde, falls innert den zehn Tagen auch die Zusendung des Zahlungsbefehls an den Schuldner erfolgen müsste³⁵.

III Die Folgen der Nichtbeachtung der zehntägigen Frist bestehen erstens darin, dass der Arrest gemäss Art. 272 Abs. 4 von selbst ohne irgendwelche Aufhebungsverfügung dahinfällt³⁶; anderseits darin, dass mit diesem Hilfsfall die Arrestgesamstände frei werden und zurückgegeben werden können³⁷. Wenn das Forum arresti mit dem ordentlichen Betreibungs-ort zusammenfällt, darf zwar ein verspätetes Betreibungsbegehren nicht abgewiesen werden, aber der Arrest fällt trotzdem dahin.

§ 6. Die Subjekte der Betreibung

Die Betreibungssubjekte sind in der Regel der Arrestgläubiger, der die aktive, und der Arrestschuldner, der die passive Seite der Betreibung vertritt. Zwischen ihnen spielt sich grundsätzlich das Betreibungsverfahren ab. Beizufügen bleibt allerdings, dass die Schuldner- und Gläubigereigenschaft zu Beginn der Betreibung keineswegs in allen Fällen eine endgültig abgeklärte ist, sondern oft nur auf einer vom Gläubiger gemachten Behauptung beruht, da ja der letztere, um eine Arrestbewilligung zu erhalten, seine Forderung und das Vorhandensein eines Arrestgrundes bloss glaubhaft machen muss.

Eine Ausnahme von der genannten Regel bildet — sofern es sich um natürliche Personen handelt — der Tod des einen oder anderen der erwähnten Subjekte. In diesem Falle kommen insbesondere bezüglich der Übertragbarkeit der Sach- und Verfahrenslegitimation auf den Rechtsnachfolger die Regeln der ordentlichen Betreibung sinngemäss zur Anwendung³⁸. Dasselbe gilt auch hinsichtlich der juristischen Personen. Es braucht des-

34) BGE 30 I 769 (= ASchK 9/75 ff. = RSchK 5/71 ff.).

35) Präziser war in dieser Hinsicht die Formulierung in der Vorl. I 1888 Art. 215 Abs. 1: „Hierauf der Gläubiger vor Auswirkung des Arrestes für seine Forderung eine Betreibung anzuheben, so ist er gehalten, binnen zehn Tagen vom Empfang des Doppelts der Arresturkunde das Betreibungsbegehren einzureichen.“ Vgl. auch Art. 199 des Entw. I 1886.

36) BGE 77 III 141 f.; ASchK 8/118; HE 12/235.

37) BGE 66 III 59 E. 1.

38) Vgl. Blumenstein S. 145 ff..

halb nicht näher darauf eingetreten zu werden. Bemerkt sei lediglich, dass das Bundesgericht in einem Entscheid³⁹ festgestellt hat, dass die Arrestierung von Vermögen einer aufgelösten juristischen Person unter Vorbehalt der gerichtlichen Beurteilung der materiellrechtlichen Fragen auch dann aufrechtzuerhalten sei, falls keine Organe und Vertreter mehr vorhanden seien, und ein neuer Verband kraft öffentlichen Rechts als Erwerber des Aktivvermögens auftrete; in einem solchen Falle sei — wenn sich für das arrestierte Vermögen keine Vertretung bestellen lasse — der neue Verband auf Sachhaftung zu betreiben.

Was die Vertretung der Betreibungssubjekte anbelangt, so gelangen ebenfalls die Vorschriften, die für die ordentliche Betreibung gelten, zur Anwendung⁴⁰.

Zu den genannten Betreibungssubjekten gesellen sich bei der Betreibung auf Pfändung die allfälligen Anschlussgläubiger, und bei der Konkursbetreibung ausser dem Arrestgläubiger die übrigen Konkursgläubiger.

2. Unterabschnitt

DIE BETREIBUNG AUF PFÄNDUNG

§ 7. *Der Ort der Betreibung*

I. Eine der wesentlichsten Wirkungen des Arrestes besteht in der Schaffung eines besonderen Betreibungsortes. Gemäss Art. 52 SchKG ist für arrestgelegte Forderungen die Betreibung dort anzuheben, wo sich die betr. Arrestgegenstände befinden. Dieser vom Gesetz vorgeschriebene besondere Ort bildet eigentlich nur einen Spezialfall desjenigen der gelegenen Sache (*Forum rei sitae*)⁴¹. Er gilt jedoch ausschliesslich nur für den Arrestgläubiger; andere Gläubiger, die keinen Arrest erwirkt haben, sind nicht berechtigt, am Arrestort zu betreiben.

Dass dem Gläubiger die Möglichkeit eingeräumt wird, die Betreibung am Arrestort einzuleiten, ist v. a. dann von grosser Bedeutung, wenn der Schuldner in der Schweiz keinen Wohnsitz hat⁴².

Das *Forum arresti* wird auch dann begründet, wenn eine vom Schuldner bestrittene und möglicherweise nicht bestehende Forderung mit Arrest belegt wird. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass der Gläubiger, um einen Arrest erwirken zu können, seine Forderung und das Vorhandensein eines Arrestgrundes bloss glaubhaft machen muss⁴³.

39) BGE 66 III 71 ff. (=Pra 29/313 ff.).

40) Siehe Blumenstein S. 148 ff., 155.

41) Siehe Blumenstein S. 187 f.; Jud S. 79.

42) Vgl. S. 27.

43) ASchK 10/349; BGE 32 I 587 ff..

Voraussetzung ist jedoch, dass der Arrest vollzogen wurde. Dies geht aus Art. 52 v. a. aus dem französischen Text⁴⁴ deutlich hervor⁴⁵.

Wenn der Arrest nicht vollzogen wird, weil sich keine zu arrestierenden Vermögenobjekte befinden, oder es sich dabei ausschliesslich um Kompetenzstücke handelt, wird kein Forum arresti begründet.

Erwähnt sei in diesem Zusammenhang noch, dass die Formulierung in Art. 52 „Ist für eine Forderung Arrest gelegt, so wird die Betreibung da angehoben, wo sich der Arrestgegenstand befindet“ nicht eine sehr glückliche ist, denn würde man auf den genauen Wortlaut abstellen, so hätte der Gläubiger im Falle, wo die Arrestgegenstände nach der Beschlagnahme ihren Ort wechseln würden, die Betreibung dort anzuheben, wo dieselben hingebracht wurden. Diese Lösung vermag m. E. aber kaum dem eigentlichen Sinn der genannten Gesetzesbestimmung entsprechen. Massgebend für die Bestimmung des Betreibungsforums muss vielmehr sein der Ort, wo sich die betr. Gegenstände zur Zeit der Arrestlegung befinden⁴⁶.

II. Wenn bereits vor vollzogenem Arrest an einem anderen — zu Recht gegebenen — Betreibungsort die Betreibung angehoben wurde, so ist zur gültigen Prosequierung des Arrestes eine neue Anhebung am Forum arresti nicht erforderlich. Der Gläubiger hat in einem solchen Fall die Wahl, die Betreibung am bereits angehobenen oder am Arrestort fortzusetzen. Dies steht keineswegs in Widerspruch zu Art. 52, denn diese Gesetzesbestimmung ist höchstens nur dann zwingender Natur, falls noch kein anderer rechtsgültiger Betreibungsort besteht, nicht aber bei Konkurrenz des Forum arresti mit einem anderen bereits begründeten Forum. Dass dem so ist, ergibt sich u. a. auch aus Art. 278 Abs. 1⁴⁷. Das Bundesgericht geht — im Gegensatz zu seiner ablehnenden früheren Auffassung⁴⁸ — in einem neuen Entscheid⁴⁹ noch einen Schritt weiter, indem es auch dem Gläubiger, der bei der Arrestlegung noch nicht Betreibung angehoben hatte, die Wahl gibt, entweder am Forum arresti oder aber am allgemeinen Betreibungsort des Schuldners — sofern ein solcher in der Schweiz gegeben ist — die Betreibung anzuheben mit der Begründung, das Gesetz verpöne nicht schlechthin ein Auseinanderfallen von Arrest- und Betreibungsort, dies ergebe sich aus Art. 278 Abs. 1, ferner komme man durch diese Wahlmöglichkeit sowohl dem Gläubiger als auch dem Schuldner in billiger Weise entgegen, und schliesslich führe es zu einer Vereinfachung der betr. Zwangsvollstreckung.

44) „La poursuite après séquestre a lieu où l'objet séquestré se trouve.“

45) BGE 23 II 1941, 25 I 41, 32 I 608—9, 37 I 548; ZBJV 47/662.

46) Vgl. Jaeger Art. 52 N. 4 und für den Fall, wo die betr. Gegenstände nach der Bewilligung aber vor dem Vollzug des Arrestes ihren Standort wechseln Bonnard S. 183.

47) Siehe Blumenstein S. 188; Anw OGer Z. 355; ZBJV 37/399; ASchK 4/193; unzutreffend BIZR 11/249.

48) BGE 32 I 262, 41 I 464.

49) BGE 77 III 128 (=Pra 41/15 ff. =JT 100/77 ff.).

Wie auch das Bundesgericht im eben zitierten Entscheid ausführt, erscheint es sowohl im Interesse des Gläubigers als auch der Behörden, dass das Betreibungsamt des Arrestortes darüber in Kenntnis gesetzt wird, falls der Gläubiger seine Betreibung am Wohnorte des Schuldners durchzuführen wünscht. Andernfalls die Gefahr besteht, dass die arrestierten Objekte irrtümlicherweise freigegeben werden. Die zürcherische Anw OGer sieht diesbezüglich vor⁵⁰, dass in allen Fällen, in denen bei Zustellung der Arresturkunde für die betr. Forderung am Arrestorte nicht schon eine Betreibung anhängig sei, am Fusse der Arresturkunde folgende Aufforderung angebracht werden müsse: „Der Gläubiger wird aufgefordert, binnen zehn Tagen seit Zustellung dieser Urkunde hier (am Arrestort) Betreibung anzuhängen oder sich darüber auszuweisen, dass der Schuldner Klage im Sinne des Art. 279 Abs. 2 SchKG erhoben habe, oder dass eine Betreibung oder Klage im Sinne des Art. 278 bereits anhängig sei, allenfalls, dass gegen die Betreibung ein Rechtsvorschlag nicht erfolgt, oder ein Rechtsöffnungsbegehren oder eine Klage eingereicht sei, widrigenfalls der Arrest dahinfällt.“ Nach Fristablauf hat zudem das Betreibungsamt von Amtes wegen festzustellen, ob der Arrest in der vorgeschriebenen Weise gültig prosequiert wurde oder nicht. Wenn der Gläubiger nachzuweisen vermag, dass die Betreibung bereits anhängig und allenfalls Rechtsöffnung oder Klage erhoben ist, so hat das Betreibungsamt des Arrestortes das Original der Arresturkunde dem Amte des Betreibungsortes zu übermitteln.

III. Wird ein Arrest nachträglich aufgehoben, so fällt konsequenterweise auch die auf ihm beruhende Betreibung dahin, falls sie nicht am allgemeinen Betreibungsort aufgehoben wurde⁵¹. Es ist nicht möglich, die Betreibung am Arrestorte fortzusetzen, wenn der Arrest nachträglich dahinfällt, namentlich auch nicht gestützt auf Art. 53 SchKG, denn — wie das Bundesgericht wiederholt richtig festgestellt hat⁵² — findet Art. 53, wonach das Forum für eine einmal angehobene Betreibung weiterhin bestehen bleibt, auch wenn der Schuldner seinen Wohnsitz verändert, nachdem ihm die Pfändung angekündigt oder die Konkursandrohung bzw. der Zahlungsbefehl zur Wechselbetreibung zugestellt worden ist, keine Anwendung auf die Arrestbetreibung. Das Forum arresti fällt jedoch nicht dahin, wenn ein anfechtbarer Arrest nicht angefochten wird; dies erscheint als selbstverständlich, da ja in einem solchen Fall der Arrest selber auch weiter bestehen bleibt.

§ 8. Das Betreibungsbegehren

Auch bei der Arrestbetreibung ist ein besonderes Betreibungsbegehren seitens des Gläubigers erforderlich, und zwar muss es — wie schon fest-

50) Z. 357—8.

51) Siehe BGE 57 III 170, 34 I 850, ferner 32 I 608 E. 3, 33 I 792 a. E., 35 I 598 a. A.; ASchK 3/67; sowie Jaeger Art. 52 N. 1, Art. 279 N. 5 (S. 333).

52) Vgl. u. a. BGE 26 I 125 E. 4, 37 I 473.

gestellt⁵³ — innert zehn Tagen seit Zustellung der Arresturkunde dem zuständigen Betreibungsamt eingereicht werden. Erfolgt es verspätet, so hat das Betreibungsamt die Anhebung der Betreibung zu verweigern, da in einem solchen Fall — wie auch schon erwähnt⁵⁴ — gemäss Art. 278 Abs. 4 SchKG der Arrest und damit das Forum arresti dahinfallen.

Im übrigen verhalten sich die Dinge gleich wie bei der ordentlichen Betreibung, sodass nicht näher darauf eingetreten werden muss⁵⁵.

§ 9. Der Zahlungsbefehl

I. Liegt ein rechtsgültiges Betreibungsbegehren vor, so hat das Betreibungsamt den Zahlungsbefehl für den Arrestgläubiger und den Arrestschuldner auszufertigen mit der Aufforderung an den Schuldner, entweder zu leisten oder zu widersprechen. Die Zustellung an den letzteren hat gemäss Art. 71 Abs. 1 SchKG spätestens am Tage nach dem Eingang des Begehrens zu erfolgen.

Selbstverständlich darf der Zahlungsbefehl am Arrestort nicht erlassen werden, falls das Forum arresti nicht schon zuvor aus einem anderen Grund gesetzlicher Betreibungsort war, bis der Arrest vollzogen ist⁵⁶.

II. Wohnt der Schuldner nicht am Arrestort, so gelangen betr. der Zustellung des Zahlungsbefehls die Vorschriften des Art. 66 SchKG zur Anwendung. Für den Schuldner, der im Ausland wohnt⁵⁷, ist folglich grundsätzlich die Zustellung des Zahlungsbefehls sowie der übrigen Betreibungsurkunden durch die Post zulässig⁵⁸, sofern seitens des betr. Staates nicht Einspruch erhoben wird. Eine besondere Regelung besteht wiederum mit Frankreich⁵⁹, wonach die gerichtlichen und aussergerichtlichen Aktenstücke, die für Personen in Frankreich bestimmt sind, durch das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement oder durch die zuständige kantonale Behörde unmittelbar dem französischen Staatsanwalt, in dessen Bezirk der Adressat des betr. Aktenstückes sich befindet, zugestellt werden sollen. Diese besondere Abmachung schliesst jedoch nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Zustellung per Post nach Frankreich nicht aus⁶⁰. Diese Praxis des Bundesgerichts ist allerdings nicht einheitlich. In einem unveröffentlichten Entscheid⁶¹ wurde die postalische Zusendung abgelehnt⁶².

53) S. 7.

54) S. 12.

55) Vgl. dazu Art. 67 SchKG; v. Overbeck S. 43 f.; Blumenstein S. 235 ff.; Brand in SJK K. 978 S. 1 ff.; Favre S. 114 ff.; Fritzsche S. 101.

56) Siehe S. 11.

57) Vgl. dazu Jaeger/Daeniker Art. 66 N. 13; BGE 68 III 13 ff..

58) Vgl. auch die Haager Übereinkunft Art. 6.

59) Siehe Erklärung Art. 2.

60) BGE 41 III 210, 45 I 240.

61) In Sachen Bigorre contra Geiger & Co. vom 13. Juli 1923.

62) Die Frage der Zustellung von Betreibungsurkunden nach Frankreich durch die Post war schon zur Zeit als Art. 20 des Gerichtsstandsvertrages, der ebenfalls

Ist der Wohnort des Schuldners unbekannt, so wird die Zustellung auch in der Arrestbetreibung durch die öffentliche Bekanntmachung ersetzt. Nach der Ansicht des Bundesgerichts vermag ein rechtzeitig gestelltes Betreibungsbegehren den Arrest auch dann wirksam zu prosequieren, wenn infolge Fehlens einer Zustellungsadresse der Zahlungsbefehl dem Schuldner nicht zugesandt werden kann⁶³. Allerdings muss der Arrestgläubiger alle Schritte tun, um den Aufenthaltsort des Arrestschuldners zu eruieren. Er hat dem Betreibungsamt glaubhaft zu machen, dass es ihm trotz allen Anstrengungen nicht gelungen ist, den Schuldner zu finden⁶⁴. Die bernische Aufsichtsbehörde führt diesbezüglich in einem Entscheid in zutreffender Weise aus⁶⁵, es könne nicht dem Sinn des Gesetzes entsprechen, dass die Frist des Art. 278 SchKG als eingehalten gelte, wenn der Gläubiger das Betreibungsbegehren zwar rechtzeitig gestellt habe, jedoch mehrere Monate verstreichen lasse, bis er dem Betreibungsamt den richtigen Zustellungsort bezeichne. Zudem hat der Gläubiger auch die Kosten vorzuschüssen, die für die öffentliche Bekanntmachung⁶⁶ erforderlich sind.

III. Des weiteren verhält es sich auch hier gleich wie bei der ordentlichen Betreibung, so dass auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen werden kann⁶⁷.

§ 10. Der Rechtsvorschlag

I. Wie in der ordentlichen so kann auch in der Arrestbetreibung der Schuldner gegen den Zahlungsbefehl Rechtsvorschlag erheben und dadurch eine vorläufige Einstellung der Betreibung erwirken. Da nach Art. 279 Abs. 1 SchKG gegen den Arrestbefehl weder eine Beschwerde noch eine Berufungsmöglichkeit besteht, und mit der Arrestaufhebungsklage nicht die Forderung als solche angefochten werden kann, erhält der Schuldner durch die Anhebung des Rechtsvorschlags erstmals Gelegenheit, den Anspruch des Gläubigers, zu dessen Sicherung die Arrestnahme erfolgte, anzufechten. Er kann damit aber nicht nur den Bestand der Forderung, sondern auch deren Geltendmachung auf dem Wege der Betreibung bestreiten. Der Rechtsvorschlag kann also neben einem materiellrechtlichen auch noch aus einem betreibungsrechtlichen Grund erhoben werden. Zudem soll in einer für eine

eine besondere Regelung vorsah, durch Art. 8 Abs. 2 der Erklärung von 1913 noch nicht aufgehoben war, umstritten. Bejahend Roguin S. 850; ASchK 3/65 ff., 168; verneinend BGE 7/762 E. 3.

63) BGE 66 III 75.

64) Jaeger Art. 66 N. 16.

65) ZBJV 75/203 f..

66) Im übrigen vgl. für die öffentliche Beanntmachung Jaeger und Jaeger/Daeniker zu Art. 66 N. 16.

67) Vgl. Art. 69 ff. SchKG; v. Overbeck S. 44 ff.; Blumenstein S. 240 ff.; Brand in SJK K. 978 S. 5 ff.; Schmid S. 11 ff.; Favre S. 119 ff.; Fritzsche S. 106 ff..

Verlustscheinforderung angehobenen Betreibung die Einrede des Schuldners, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen, grundsätzlich ebenfalls mittels des Rechtsvorschlages geltend gemacht werden⁶⁸.

II. Der Rechtsvorschlag ist grundsätzlich mündlich oder schriftlich beim Betreibungsamt des Arrestortes anzustellen. Im übrigen gilt dasselbe wie beim Rechtsvorschlag, der in der ordentlichen Betreibung angehoben wird; so namentlich bezüglich der Legitimation, der Form, des Inhalts, der Befristung und der Wirkungen⁶⁹.

III. Die Beseitigung des Rechtsvorschlages kann erfolgen auf dem Wege der Rechtsöffnung, falls die dazu erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind (Art. 80 ff. SchKG) oder durch Anhebung der Klage auf Anerkennung der Forderung, sog. Arrestprosequierungsklage (Art. 278 Abs. 2 SchKG). Wenn der Schuldner den Rechtsvorschlag mit der Einrede, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen, begründet (Art. 265 Abs. 3 SchKG), so hat der Gläubiger wie bei der ordentlichen Betreibung zur Beseitigung desselben bei dem durch das kantonale Recht bezeichneten Richter das Begehren um Feststellung, dass der Schuldner zu neuem Vermögen gelangt sei, zu stellen. Dies steht zwar nicht ausdrücklich im Gesetz, entspricht jedoch — wie noch zu zeigen sein wird⁷⁰ — der Ansicht der Praxis.

Diese drei zur Aufhebung des Rechtsvorschlages dienenden Institute mögen nun in den folgenden Ausführungen getrennt näher erörtert werden.

IV. Vorerst sei jedoch noch erwähnt, dass gemäss Art. 278 Abs. 2 SchKG die Beseitigung des Rechtsvorschlages in der Arrestbetreibung im Gegensatz zur ordentlichen innerhalb einer zehntägigen Frist erfolgen muss. Damit will der Gesetzgeber der Natur des Arrestes als einer vorsorglichen Massnahme zur Sicherung der nachfolgenden Vollstreckung Rechnung tragen. Der Schuldner soll vor einer definitiven Abklärung des Forderungsverhältnisses durch die Arrestnahme während möglichst kurzer Zeit in seiner Verfügungsfreiheit über die arrestierten Vermögenswerte beschränkt werden.

Die Frist beginnt vom Moment an, wo der Gläubiger vom Rechtsvorschlag seitens des Betreibungsamtes Kenntnis erhält.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt die zehntägige Frist als eingehalten, wenn innerhalb derselben die erste Handlung des Klägers erfolgt, die das gerichtliche Verfahren einleitet oder es in gesetzlich gültiger Form vorbereitet, kurz mit der der richterliche Schutz erstmals in be-

68) Von den zahlreichen Entscheiden vgl. BGE 25 I 39 E. 3, 34 I 185 E. 2, 35 I 804 E. 1, 41 III 302, 53 III 26, 71 I 228; ASchK 2/342 ff., 12/301; Jaeger/Daeniker Art. 265 N. 9.

69) Vgl. Art. 74 ff. SchKG; v. Overbeck S. 46 ff.; Blumenstein S. 246 ff.; Brand in SJK K. 979 S. 1 ff.; Vögeli S. 1 ff.; Favre S. 123 ff. und die dortigen Zitate; Fritzsche S. 109 ff..

70) S. 30.

stimmter Form angerufen wird^{71 72}. Welches die erste Handlung ist, bestimmt das kantonale Recht. Ob die Frist eingehalten wurde, hat das zuständige Gericht von Amtes wegen zu prüfen.

Nach der früheren bundesgerichtlichen Praxis kam die Anrufung eines örtlich oder sachlich unzuständigen Gerichts der Nichtanrufung schlechthin gleich⁷³. Der Richter war nicht befugt, zur erneuten Anbringung der Klage beim zuständigen Gericht die zehntägige Frist zu verlängern. Jegliche Einräumung einer Nachfrist durch den Richter oder durch die Aufsichtsbehörde wurde abgelehnt. Die Klage musste „in jeder Hinsicht einwandfrei“ eingereicht werden, so dass das Verfahren „ohne jegliche Störung“ vor sich gehen konnte, und „der Beklagte prozessualisch zur Einlassung auf die Klage verpflichtet war“. Diese strenge Praxis des Bundesgerichts wurde nun in einem neueren Entscheid⁷⁴ gelockert mit der m. E. berechtigten Einwendung, dass sich der Hinfall des Arrestes infolge rein formeller Mängel der Klage, die sich ohne eine Unterbrechung der Rechtshängigkeit beheben lassen, nicht rechtfertige. Die bisherige Argumentation, dahinlautend, dass der Schuldner durch die infolge Zulassung einer Nachfrist verursachte Verzögerung des Prozesses nicht benachteiligt werden soll, wurde als unstichhaltig bezeichnet, und zwar vorwiegend mit der Begründung, dass es auch im weiteren Verlauf des Prozesses zu verschiedenen Verzögerungen kommen könne, ohne dass daraus ein Hinfall des Arrestes hergeleitet werden könnte. Die neue Auffassung des Bundesgerichts geht nun dahin, dass der Arrest dann aufrecht erhalten bleibt, falls die Rechtshängigkeit der binnen der Prosequierungsfrist des Art. 278 Abs. 2 SchKG angehobenen Klage ununterbrochen aufrecht steht. Die unter dieser Voraussetzung auf die Behebung von Mängeln gerichteten Massnahmen des Richters sind als Zwischenfälle des Prozesses anzusehen. Bei Anrufung eines unzuständigen Richters darf also die Klage nachträglich noch beim richtigen Gericht angebracht werden, vorausgesetzt, dass dadurch die Rechtshängigkeit nicht unterbrochen wird.

Die Frist wird unterbrochen durch die Anhebung der Arrestaufhebungsklage (Art. 279 Abs. 2 SchKG) sowie, wenn gegen den Rechtsvorschlag Beschwerde ergriffen, und dieser aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde, nicht aber durch die Betreibungsferien und Rechtsstillstand⁷⁵.

Die Frist zur Anstellung des Rechtsöffnungsbegehrens oder der Arrestprosequierungsklage läuft auch dann, wenn das Begehren um Feststellung, ob der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen sei, eingereicht wurde,

71) Vgl. BGE 41 III 303 (=Pra 4/477), 61 II 127, ferner 33 II 455 f. E. 4, 35 II 104 f. E. 2, 41 III 390 f., 42 I 360, 42 II 102 f. E. 4 und 333, 46 II 88, 47 II 108, 49 II 41 u. a..

72) Für die postalische Einsendung siehe BIZR 30/94 f. und die dort angeführten Zitate; sowie Art. 32 SchKG.

73) BGE 38 I 675 (=Pra 1/573 ff.), 44 III 183 (=Pra 8/59 ff.), 53 III 20 E. 2 (=Pra 16/119 ff.); sowie ZSchK 10/53 f..

74) BGE 75 III 75 ff. (=Pra 38/482 ff.) gestützt auf BGE 61 II 126 E. 2.

75) Jaeger Art. 278 N. 9 und S. 14.

bzw. wird. Möglich ist jedoch in diesem Fall eine vorübergehende Sistierung des Rechtsöffnungsverfahrens oder des Arrestprosequierungsprozesses. Nach der früheren Rechtssprechung des Bundesgerichts⁷⁶ wurde zwar ein dahingehendes Begehren des Gläubigers einem Rückzug der Klage gleichgestellt. Ein neuer bundesgerichtlicher Entscheid⁷⁷ lehnt diese frühere Auffassung ab und erklärt, dass sich nur der nachlässig oder arglistig handelnde Gläubiger durch ein solches Sistierungsgesuch der allfälligen Verwirkungsgefahr, der durch den Arrest begründeten Rechte, aussetze. Das Bundesgericht führt dazu u. a. aus, dass eine Einstellung des Rechtsöffnungsverfahrens aus prozessökonomischen Gründen geboten sein, oder dass gar die Erfordernisse der Betreibung dies erheischen können, so namentlich dann, wenn der Schuldner mit seinem Rechtsvorschlag sowohl das Vorhandensein von neuem Vermögen, als auch die Forderung bestreite. In einem solchen Fall erscheine es als zweckmässig, falls über beide Einwendungen nicht derselbe Richter zu beurteilen habe — was durchaus denkbar ist, da über das Rechtsöffnungsbegehren im summarischen, über die Einrede, dass der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist, hingegen im beschleunigten Verfahren entschieden wird — dass man das Rechtsöffnungsverfahren bis zur Abklärung der Frage, ob der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen sei, einstelle. Diese Argumentation erscheint m. E. als zutreffend und logisch, denn bevor über die Möglichkeit der Beseitigung des Rechtsvorschlags und die Fortsetzung der Betreibung entschieden wird, soll geprüft werden, ob die Betreibung überhaupt rechtsgültig angehoben werden kann. Eine solche vorübergehende Sistierung scheint auf den ersten Blick mit Art. 84 SchKG in Widerspruch zu stehen, wonach der Richter im Rechtsöffnungsverfahren binnen fünf Tagen seit Anbringung des Begehrens seinen Entscheid zu fällen hat. Sie erweist sich jedoch als berechtigt, falls — wie das zürcherische Obergericht in einem Entscheid⁷⁸ richtig bemerkt — im Betreibungsverfahren selbst liegende Gründe eine solche vorläufige Einstellung verlangen. Die Sistierung des anstelle der Rechtsöffnung angehobenen⁷⁹ Arrestprosequierungsprozesses bis zur Entscheidung über die Frage, ob der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist, kann ebenfalls von Nutzen sein. Ganz abgesehen von den prozessökonomischen Gründen, wird es der Kläger häufig vorziehen, zunächst zu erfahren, ob der Beklagte zu neuem Vermögen gekommen ist oder nicht, bevor er diesen Prozess zu betreiben hat.

Die Nichteinhaltung der zehntägigen Frist hat gemäss Art. 278 Abs. 4 SchKG das Dahinfallen des Arrestes, nicht aber auch den unmittelbaren Verlust des Forderungs- bzw. des Klagerechts zur Folge, und die Betreibung erlischt nur, falls sie am Arrestort angehoben wurde⁸⁰.

76) BGE 46 III 63 f. (= ZSchK 14/84 ff.).

77) BGE 67 III 156 ff. (= Pra 31/62 ff.).

78) SJZ 39/433 ff. Z. 8.

79) Vgl. S. 18.

80) BGE 38 I 210 E. 1 (= Pra 1/201 f. = ZSchK 2/249 ff.); JT 86/152 f..

§ 11. Die Rechtsöffnung

I. Der Rechtsvorschlag kann auf dem Wege der Rechtsöffnung nur dann beseitigt werden, falls sich die Forderung auf eine Urkunde stützt, die zum Begehren der definitiven oder provisorischen Rechtsöffnung berechtigt.

Dem Inhaber einer solchen erforderlichen Urkunde steht es jedoch frei, an Stelle des Rechtsöffnungsbegehrens direkt die Arrestprosequierungsklage anzuheben⁸¹. Dem Schuldner kann diese Wahlmöglichkeit dann etwas zum Nachteil gereichen, wenn der Gläubiger einen sozusagen einwandfreien Rechtsöffnungstitel besitzt, aber, um das Verfahren in die Länge zu ziehen, trotzdem die Prosequierungsklage anstellt. Andererseits wird jedoch durch die Möglichkeit der direkten Klageanhebung das Verfahren vereinfacht, falls der Rechtsöffnungstitel zweifelhafter Natur ist; dies insofern, als dadurch verhindert werden kann, dass der im Rechtsöffnungsverfahren abgewiesene Gläubiger nachträglich noch die Prosequierungsklage einleiten muss.

II. Das Gesetz schweigt sich darüber aus, wo das Rechtsöffnungsverfahren in der Arrestbetreibung stattzufinden hat. Denkbar wäre am ordentlichen Gerichtsstand. Dies deshalb, weil von der Rechtsöffnung in Art. 278 Abs. 2 SchKG in Zusammenhang mit der Arrestprosequierungsklage die Rede ist. Dem ist jedoch nicht so, denn wie das Bundesgericht wiederholt richtig festgestellt hat⁸², erscheint das Rechtsöffnungsverfahren als ein sog. Indizidentalverfahren; es bildet einen Bestandteil der Betreibung, da es die Funktion hat, die durch den Rechtsvorschlag bewirkte vorübergehende Einstellung der Betreibung aufzuheben. Es kommt ihm im Gegensatz zum ordentlichen Prozessverfahren nur für die Betreibung Bedeutung zu, zu welcher es gehört. Das Rechtsöffnungsverfahren hat folglich am Orte stattzufinden, wo die Arrestbetreibung stattfindet⁸³, also in der Regel am Arrestort. Da dieser Gerichtsstand zwingender Natur ist, erscheint ein Forum prorogatum als unzulässig⁸⁴.

III. Was die Legitimation, zuständige Behörde, Anbringung und Wirkung des Begehrens, Verhandlung vor dem Richter, Rechtsmittel, Kostenfrage usw. anbelangt, verhält es sich grundsätzlich gleich wie bei der Rechtsöffnung in der ordentlichen Betreibung⁸⁵.

IV. Wird die definitive Rechtsöffnung erteilt, so ist die Lage dieselbe, wie wenn überhaupt kein Rechtsvorschlag erhoben worden wäre. Die vorübergehend gehemmte Betreibung kann infolge Beseitigung des Rechtsvorschlags ihren Fortgang nehmen. Wenn hingegen das Rechtsöffnungsbegehren

81) Siehe Jaeger Art. 278 N. 10.

82) BGE 25 I 38, 29 I 439 E. 4, 36 I 607, 40 I 500, 41 I 464 (=Pra 5/99 = ZSchK 5/297 = Semjud 38/97 ff.); vgl. auch Jaeger Art. 278 N. 10; Ott S. 114.

83) Vgl. BGE 76 I 48; Panchaud/Caprez S. 65, Z. 10 zu § 48.

84) Panchaud/Caprez S. 64 f., Z. 1, 2, 9 zu § 48.

85) Vgl. Art. 80 ff. SchKG; v. Overbeck S. 51 ff.; Blumenstein S. 260 ff.; Panchaud in SJK K. 187, S. 11 ff.; Brunner S. 1 ff.; Favre S. 128 ff. und die dortigen Zitate; Fritzsche S. 114 ff..

abgewiesen oder zurückgezogen wird, fällt zwar der Arrest nicht dahin, der Gläubiger muss jedoch laut Art. 278 Abs. 2 SchKG binnen zehn Tagen nach Mitteilung des Urteils, die Arrestprosequierungsklage einleiten⁸⁶, ansonst der Arrest und mit ihm die Betreibung dahinfallen, vorausgesetzt, dass die letztere am Forum arresti angehoben wurde.

Die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung bewirkt ebenfalls die Beseitigung des Rechtsvorschlags. Sie gibt jedoch dem Gläubiger nicht die Möglichkeit, die Betreibung unmittelbar fortzusetzen, sondern auch in der Arrestbetreibung hat der Schuldner die Gelegenheit, durch Anhebung der sog. Aberkennungsklage die Forderung nochmals zu bestreiten. Wird diese Klage abgewiesen, oder unterlässt es der Schuldner, sie innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Frist anzustellen⁸⁷, so wird die erteilte Rechtsöffnung eine definitive (Art. 83 Abs. 3 SchKG). Bei Gutheissung der Klage wird die provisorische Rechtsöffnung gegenstandslos, und die Betreibung sowie der Arrest fallen dahin, da festgestellt wurde, dass die Forderung nicht besteht.

Die Aberkennungsklage ist gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG beim Gericht des Betreibungsortes anzuheben, also am Arrestort, falls die Betreibung nicht am ordentlichen Forum eingeleitet wurde⁸⁸. Dass nicht am ordentlichen Gerichtsstand geklagt werden muss, erklärt sich dadurch, dass dieses Verfahren als Fortsetzung des Rechtsöffnungsprozesses sich enger an die Betreibung anschliesst, als der ordentliche Prozess des Gläubigers gegen den Schuldner, obwohl der Aberkennungsprozess an und für sich keine Betreibungsstreitigkeit zum Gegenstand hat⁸⁹. Des weiteren gilt dasselbe wie bei der ordentlichen Betreibung, so namentlich für die Frist, Legitimation, Verfahren, Beweislast, Kosten und Rechtsmittel⁹⁰.

§ 12. Die Arrestprosequierungsklage⁹¹

I. Der Gläubiger hat die Arrestprosequierungsklage immer dann anzustellen, wenn der Schuldner mit dem angehobenen Rechtsvorschlag nicht bloss die Einrede mangelnden neuen Vermögens geltend gemacht hat, und

86) Vgl. BGE 40 III 121.

87) Siehe dazu Jaeger/Daeniker Art. 83 N. 11.

88) Zur Frage der Zulässigkeit einer Prorogation vgl. Guldener, IZPR S. 185 F.-N. 28 und die dort angeführten Entscheide BGE 68 III 80 ff., 166 ff. sowie 65 III 92 (bejahend); Lutz a.a.O. (verneinend) und speziell für die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts BGE 56 III 236 (bejahend); SJZ 29/40 (App. Ger. Tessin, verneinend).

89) BGE 40 I 500 f..

90) Vgl. Art. 83 SchKG; v. Overbeck S. 59 f.; Blumenstein S. 309 ff.; Brand in SJK K. 957, S. 1 ff.; Brunner S. 134 ff.; Huber a. a. O.; Favre S. 141 ff.; Fritzsche S. 132 ff..

91) Neben dieser — m. E. zutreffendsten und genauesten — trifft man in der Literatur und Judikatur noch folgende Bezeichnungen an: Klage auf Anerkennung der Forderung, (Arrest-) Anerkennungsklage, Klage auf Begründetheit der Forderung, (Arrest-) Forderungsklage, Bestätigungsklage.

kein zur Beseitigung des Rechtsvorschlags erforderlicher Rechtsöffnungstitel vorliegt, oder der Gläubiger mit einem solchen im Rechtsöffnungsverfahren abgewiesen wurde oder sein diesbezügliches Begehren zurückgezogen hat.

II. In der Praxis gab die Pflicht zur Anhebung der Arrestprosequireungsklage in den eben genannten Fällen bei Steuerforderungen zu einigen Schwierigkeiten Anlass. Dies deshalb, weil einerseits die Steuerbehörde, die für eine Steuer, deren Rechtsbeständigkeit noch nicht feststeht, einen Arrest auswirken lässt, auch gehalten ist, die in Art. 278 SchKG vorgesehenen Prosequireungshandlungen vorzunehmen⁹², anderseits jedoch den ordentlichen Gerichten die Kompetenz zur Feststellung, ob eine Taxation der Steuerbehörde als berechtigt erscheint, abgeht⁹³. Die Steuerbehörden versuchten gelegentlich diese Schwierigkeit dadurch zu umgehen, dass sie, um ein Dahinfallen des Arrestes zu vermeiden, gleichzeitig mit der Arrestprosequireungsklage das Begehren einreichten, den Prozess bis zur Rechtskräftigkeit der Taxation zu sistieren. Wie aber aus dem Aufsatz von Reichstein zu entnehmen ist, hat das Bezirksgericht Zürich es abgelehnt, auf solche Sistierungsgesuche einzutreten, und die Klage wegen sachlicher Unzuständigkeit abgewiesen. Eine Lösung fand schliesslich das zürcherische Obergericht⁹⁴, die auch vom Bundesgericht gutgeheissen wurde⁹⁵. Das Obergericht stellt im diesbezüglichen Entscheid fest, dass der Arrest statt durch Klageanhebung nach Art. 278 Abs. 2 SchKG auch durch einen vom Steuerpflichtigen erhobenen Steuerrekurs prosequiert werden könne mit der Begründung, dass sonst keine Möglichkeit bestünde, einen Arrest mit Erfolg zu erwirken, was für den Fiskus von grossem Nachteil wäre, da der Steuerpflichtige seine Vermögensobjekte beseitigen könnte, ohne dass die Steuerbehörde ihren Anspruch zu sichern vermöchte. Ferner meint das Obergericht, dass der Wortlaut von Art. 278 Abs. 2 keineswegs zur Annahme zwingt, die Arrestprosequireungsklage dürfe nur beim Richter im ordentlichen Verfahren angestellt werden. Diese Argumentation erscheint m. E. als stichhaltig. Sie widerspricht nicht Art. 278 Abs. 2, denn dem Hauptzweck, den der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung verfolgt, nämlich den Bestand bzw. Nichtbestand des Anspruchs möglichst rasch abzuklären, wird auch dann Genüge getan, wenn über das Bestehen der Forderung der Richter im Steuerrekursverfahren entscheidet⁹⁶.

III. Mit der Klage wird einmal die Feststellung des Bestandes der in Frage stehenden Forderung bezweckt, zudem aber auch die allfällige Ver-

92) Das schweizerische Recht sieht keine besondere Zwangsvollstreckungsart für Steuerforderungen vor. Es gelten — abgesehen einzelner sich aus der Natur des Steueranspruchs ergebenden Besonderheiten — grundsätzlich die Bestimmungen des SchKG. Vgl. Blumenstein System S. 385, 393 ff.; a. M. v. Salis a. a. O.; siehe auch Lott S. 28 ff..

93) Reichstein a. a. O..

94) BIZR 24/282 (= SJZ 20/343 f.).

95) BGE 50 III 88 ff. (= Pra 13/231 ff.).

96) Vgl. SJZ 19/144 d. Anm. d. Red.; Blumenstein, Festgabe S. 265; Lott S. 112.

urteilung des Schuldners zu ihrer Leistung. Es handelt sich folglich sowohl um eine Feststellungs- als auch um eine Leistungsklage⁹⁷. Ihr Gegenstand bildet aber lediglich die Forderung. Es ist über eine rein materiellrechtliche Frage zu entscheiden. Das Bundesgericht führt diesbezüglich in einem Entscheid⁹⁸ u. a. aus, die Arrestprosequierungsklage stehe inhaltlich mit dem Arrest als solchen in keinem Zusammenhang, denn sie habe das materielle Rechtsverhältnis zwischen Arrestgläubiger und -Schuldner zum Gegenstand; das Arrestverfahren bilde lediglich die äussere Veranlassung ihrer Anhebung⁹⁹.

Namentlich nicht bestritten werden darf im Arrestprosequierungsprozess der Arrestgrund. Diesen hat der Schuldner laut Art. 279 Abs. 2 SchKG im sog. Arrestaufhebungsprozess anzufechten¹⁰⁰.

Nicht angebracht werden soll im Arrestprosequierungsprozess sodann die Einrede der Pfanddeckung, denn diese hat die Anfechtung der negativen Voraussetzung, dass eine Forderung, damit sie durch eine Arrestnahme gesichert werden kann, nicht pfandgedeckt sein darf, zum Gegenstand und bezweckt wie die Bestreitung des Grundes, die Aufhebung des Arrestes zu erwirken, ohne sich gegen die Forderung als solche zu richten¹⁰¹.

Auch die Frage der Arrestkaution soll in diesem Verfahren nicht aufgeworfen werden¹⁰². Damit will jedoch nicht gesagt sein, dass nach Anhebung der Forderungsklage eine nachträgliche Auferlegung einer Kaution gemäss Art. 273 Abs. 1 SchKG ausgeschlossen ist, sondern nur, dass diese allenfalls nicht durch den Arrestprosequierungsrichter angeordnet werden soll¹⁰³.

Umstritten ist in der Rechtsprechung das Problem, ob im Arrestprosequierungsprozess die Einrede des mangelnden Arrestobjektes noch geltend gemacht werden darf. In einer langjährigen Praxis der zürcherischen Gerichte wurde die Frage stets verneint mit der Begründung, dass der Richter, sobald der Arrest nach dem SchKG als gültig ausgewirkt erscheine, nicht mehr befugt sei, zu untersuchen, ob Arrestobjekte vorliegen oder nicht¹⁰⁴. Die Einrede wurde jedoch in der zürcherischen Rechtsprechung nicht schlechthin abgelehnt, sondern im Arrestaufhebungsprozess oder aber

97) BGE 65 III 51; RSchK 9/7 f..

98) 32 I 262 (=SJZ 3/213).

99) Vgl. auch Meili S.199; sowie BGE 68 III 94 (= Pra 31/254 ff.); SJZ 12/235; Semjud 37/617 ff.; BlZR 22/375 (=ZSchK 14/125).

100) Vgl. u. a. ZSchK 5/206; SJZ 14/159.

101) Nach einer langjährigen, namentlich durch die zürcherischen Gerichte vertretenen Rechtsprechung (siehe BlZR 2/79, 9/112, 16/336, 19/124, 22/318, 25/246, 26/371, 33/30 Z. 3; ferner BGE 51 III 28 f. (= Pra 14/135 f.); SJZ 10/104) ist die Einrede der Pfanddeckung im Arrestaufhebungsprozess anzubringen, während nach einem neueren zürcherischen Entscheid (BlZR 47.367) sie durch Beschwerde gemäss Art. 85 Abs. 2 VZG geltend zu machen ist, und zwar auch, falls behauptet wird, die Forderung sei durch Faustpfand gesichert.

102) Vgl. BlZR 2/155, 17/71, 33/17.

103) Vgl. dazu BlZR 27/59 f., 30/159 f..

104) BlZR 17/107, 28/143 und 8/261, 9/87, 10/105.

im Beschwerdeverfahren zugelassen, je nachdem sich der geltend gemachte Einredegrund gegen den Arrestbefehl als solchen oder gegen den Vollzug desselben richtete¹⁰⁵. In einem neueren Entscheid¹⁰⁶ wurde die bisherige Praxis in eingehenden Erwägungen, auf die hier nicht näher eingetreten werden soll, angegriffen und festgehalten, dass das Vorhandensein von Arrestgegenständen im Arrestbetreibungsverfahren entschieden werden müsse, wobei allerdings beizufügen bleibt, dass das Kassationsgericht, welches sich mit der Nichtigkeitsbeschwerde gegen den erwähnten Entscheid zu befassen hatte, u. a. feststellte, dass es als zweifelhaft erscheine, ob die Rechtsauffassung des Obergerichts — das seiner Entscheidung eine grundsätzliche Bedeutung beigemessen hat — in allen Fällen zu einer befriedigenden Lösung zu führen vermöge. Nach wie vor wurde jedoch die Geltendmachung der Einrede des mangelnden Arrestobjektes im Prosequierungsprozess abgelehnt. Diese wurde in Zürich erst durch einen Entscheid des Bezirksgerichtes, der durch das Obergericht gutgeheissen wurde¹⁰⁷, grundsätzlich zugelassen¹⁰⁸ mit der Begründung, dass der Sondergerichtsstand des Arrestortes nicht schon durch eine bloss formelle Arrestnahme begründet werden könne, es bedürfe dazu vielmehr einer realen Beziehung zum betr. Gerichtssprengel, die beim Nichtvorhandensein von Arrestobjekten fehle. Falls man schon die bloss formelle Arrestnahme als genügende Voraussetzung zur Schaffung des Forum arresti annehmen wollte — meint das Bezirksgericht — so könnte der Kläger den Rechtsstreit vor das ihm beliebende Gericht bringen, falls er vor der Klageeinleitung im gewünschten Gerichtskreis gegen den Beklagten einen sog. Sucharrest erwirken würde, was zur Folge hätte, dass die Gerichtsstandbestimmungen der ZPO und zum Teil der BV illusorisch würden. M. E. erscheint die Einrede des mangelnden Arrestobjektes im Prosequierungsprozess dann als angebracht, wenn mit ihr geltend gemacht werden will, dass schon von Anfang an keine Arrestgegenstände vorhanden gewesen sind, folglich der Gerichtsstand des Arrestes nicht zu Recht besteht, da dieser nur begründet wird, wenn wirklich eine Arrestnahme von Vermögensobjekten erfolgte¹⁰⁹. In diesem Falle erscheint die genannte Einrede als eine solche des Gerichtsstandes, welche die Frage der örtlichen Zuständigkeit zum Gegenstand hat. Kommt ihr folglich dieser Charakter zu, so muss sie zweifelsohne zugelassen werden. Wenn jedoch mit der Einrede bloss geltend gemacht werden will, dass im Zeitpunkt des Prosequierungsprozesses keine Arrestobjekte vorliegen, so ist sie abzulehnen, denn durch das nachträgliche Dahinfallen der Arrest-

105) Vgl. BIZR 19/124 f., 26/371 f. Z. 2 und die dort angeführten Entscheide; ferner 44/365 f..

106) BIZR 47/366 ff..

107) SJZ 46/294 ff..

108) Das Bundesgericht hat indirekt diese Einrede im Arrestprosequierungsprozess mit der Feststellung, der Gerichtsstand des Arrestortes setze das Vorhandensein eines Arrestgegenstandes voraus, schon im Jahre 1937 als zulässig erklärt, siehe BGE 63 III 40.

109) ZBJV 55/357 f..

objekte bleibt das einmal zu Recht begründete Forum arresti bestehen¹¹⁰; dies ergibt sich aus der Tatsache, dass der Prosequierungsprozess als ein selbstständiger, auf die Forderung gerichteter Prozess mit dem Arrest nur insofern in Beziehung steht, als dieser — wie bereits angeführt¹¹¹ — die Verursachung seiner Entstehung bildet. Auch andere Gründe, die den Arrest aufzuheben vermögen, haben auf den Arrestprosequierungsprozess keinen Einfluss. Wie der bernische Appellationshof in Zivilsachen in einem Entscheid¹¹² in zutreffender Weise bemerkt, würde es zu unhaltbaren Konsequenzen führen, falls ein gültig angehobenes, allfällig schon weit fortgeschrittenes Verfahren wegen einem zufälligen Dahinfallen des Arrestes ebenfalls gegenstandslos würde, und der Gläubiger seine Klage nochmals einleiten müsste.

Zulässig ist im Arrestprosequierungsprozess die Abklärung der Frage der Fälligkeit. Wenn nun im schon zitierten Entscheid vom 22. Juni 1948¹¹³ behauptet wird, die Einrede der Pfandsicherheit in den Arrestaufhebungs- diejenige der Fälligkeit hingegen in den Prosequierungsprozess zu verweisen, sei widersprüchig, da sowohl die Pfandsicherheit als auch die Fälligkeit Modalitäten der Forderung, Voraussetzungen, von denen die Bewilligung des Arrestes abhängt, seien¹¹⁴, so ist dazu zu bemerken, dass die letzt genannte Tatsache keineswegs bedingt, dass die beiden fraglichen Einreden im selben Verfahren geltend gemacht werden müssen. Die Pfandsicherung steht mit der Forderung nicht im gleichen Zusammenhang wie die Fälligkeit. Da mit der Prosequierungsklage neben der Feststellung des Bestandes der Forderung auch eine Verurteilung des Beklagten auf Leistung derselben bewirkt werden will, muss die Einrede der Fälligkeit zwangsläufig im Arrestprosequierungsprozess angebracht werden können.

IV. Zu den weiter vorn¹¹⁵ gemachten gemeinsamen Ausführungen über die zehntägige Frist, binnen welcher der Rechtsvorschlag beseitigt werden muss, bleibt noch folgendes hinzufügen: Falls durch die Parteien zur Beurteilung der Klage ein besonderes Schiedsgericht **vorgesehen wird**, was grundsätzlich zulässig ist, so hat der Arrestgläubiger sein Begehren ebenfalls innerhalb von zehn Tagen beim Schiedsgericht anzubringen¹¹⁶. Im Falle, wo der Gläubiger bereits das Rechtsöffnungsbegehren gestellt hat, dieses jedoch abgewiesen wurde, hat er gemäss Art. 278 Abs. 2 SchKG binnen zehn Tagen nach Mitteilung des Urteils die Arrestprosequierungs-

110) BIZR 28/143, 8/261; Rech Ber 1908 Nr. 189, 193 S. 52, 1892 Nr. 162 S. 54; a. M. SJZ 33/122.

111) S. 21.

112) ZBJV 48/92 (= ZSchK 2/290 = SJZ 8/357); ferner BIZR 8/261.

113) BIZR 47/366 ff. insbesondere 367 Spalte links unten.

114) Streng genommen trifft dies nicht vorbehaltlos zu, da in den Fällen von Art. 271 Z. 1 und 2 SchKG der Arrest auch für nicht verfallene Forderungen bewilligt werden kann (Art. 271 Abs. 2).

115) S. 15 ff..

116) BGE 66 III 60.

klage einzuleiten¹¹⁷. Wenn die Kantone, die zur Regelung der Weiterziehung der im summarischen Verfahren ergangenen Endentscheidungen kompetent sind, den vorgesehenen Rechtsmitteln suspensive Wirkung zuzuerkennen, so ist wohl anzunehmen, dass die zehntägige Frist zur Anhebung der Prosequierungsklage erst von der Mitteilung des oberinstanzlichen Entscheides an zu laufen beginnt. So auch bei der staatsrechtlichen Beschwerde ans Bundesgericht¹¹⁸, falls der Präsident desselben dem Rekurs gemäss Art. 94 OG Suspensiveffekt verleiht.

V. Wie bereits erwähnt wurde¹¹⁹, steht die Arestprosequierungsklage inhaltlich mit dem Arrest in keinem Zusammenhang. Sie stellt im Gegensatz zur Rechtsöffnung kein betreibungsrechtliches Inzidentalverfahren dar, sondern eine selbstständige Zivilklage. Aus diesem Grunde sieht denn auch das SchKG für sie keinen speziellen Gerichtsstand vor, sondern zur Bestimmung desselben sind grundsätzlich die Kantone zuständig¹²⁰.

Die Kantone haben von dieser Kompetenz verschiedentlichen Gebrauch gemacht. Die einen sehen wahlweise den allgemeinen Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten und den speziellen des Arrestortes vor, andere nur den allgemeinen bzw. den speziellen. Einzelne kantonale Zivilprozessordnungen schreiben das Forum arresti nur für den Fall vor, dass der Schuldner in der Schweiz keinen festen Wohnsitz hat, oder Verlustscheine gegen ihn vorliegen¹²¹.

Sofern jedoch die Kantone den Gerichtsstand des Arrestortes vorsehen, gilt dieser — da es sich bei der Arrestprosequierungsklage um eine persönliche Ansprache¹²² handelt, für die das Bundesrecht keinen besonderen Gerichtsstand statuiert hat — nur in den Schranken von Art. 59 BV¹²³, dessen Gerichtsstandsbestimmung im Gegensatz zur Arrestbestimmung, die durch die einheitliche Regelung in Art. 271 SchKG gegenstandslos geworden ist¹²⁴, stets noch beachtet werden muss. Vorausgesetzt, dass der Schuldner aufrecht steht¹²⁵ und in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat¹²⁶, darf

117) Vgl. S. 31 f..

118) Die im Gegensatz zur zivilrechtlichen Beschwerde und Berufung grundsätzlich zulässig ist. Vgl. Panchaud/Caprez S. 235 ff. § 176.

119) S. 21.

120) BGE 24 I 257, 32 I 262 (=SJZ 3/213), 40 III 252 (=Pra 3/445 ff.), 41 I 465; SJZ 16/160, 22/251, 37/267; ZSchK 2/290, 5/297; ZBJV 35/89 Z. 3, 44/487, 55/357 f., 66/26; VAargR 2/46 f., 10/31 E. 1; Rep 1921/336 f.; ferner Reichel Art. 278 N. 5; Ott S. 114; Bonnard S. 290; Jud S. 87 f.; Zuppinger S. 26.

121) Vgl. dazu die Zusammenstellungen bei Guldener S. 73 F.-N. 34; ders. IZPR S. 81 F.-N. 264; Zuppinger S. 26 ff..

122) D. h. um einen schuldrechtlichen Anspruch. Vgl. Guldener, IZPR S. 73 Z. 1; Fleiner/Giacometti S. 857; Zuppinger S. 30 F.-N. 21; Schoch S. 92 ff..

123) Guldener, IZPR S. 73 F.-N. 224; Zuppinger S. 29 ff.; Jud S. 88; BlZR 8/200, 19/115; ZBJV 44/488.

124) Vgl. dazu Jaeger Art. 271 N. 7 (S. 301) und die dort angeführten Zitate; sowie Reichel Art. 271 N. 13 und BGE 40 I 497; ZBJV 40/91.

125) D. h. tatsächlich nicht zahlungsfähig ist. Siehe Burckhardt S. 542 und die dort angeführten Entscheide; sowie BGE 2/320 E. 3.

126) Als solcher gilt grundsätzlich für die natürlichen Personen der zivilrecht-

folglich die Klage nur dann am Arrestort angehoben werden, wenn der Wohnsitz des Schuldners und das Forum aresti sich im gleichen Kanton befinden, denn nach konstanter Gerichtspraxis¹²⁷ hat Art. 59 BV nicht intrasondern nur interkantonale Bedeutung. Bei Nichtbeachtung dieser Verfassungsbestimmung¹²⁸ steht dem Benachteiligten die staatsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht zur Verfügung¹²⁹.

Eine weitere Schranke für den durch die Kantone bestimmten Gerichtsstand der Arrestprosequierungsklage besteht darin, dass dieser nur Geltung zu beanspruchen vermag, falls das Bundesrecht für die gerichtliche Abklärung des Forderungsstreites keinen anderen Gerichtsstand vorschreibt. Dies ergibt sich zwangsläufig aus dem Grundsatz „Bundesrecht bricht kantonales Recht“¹³⁰.

Die Arrestprosequierungsklage muss vorbehaltlich der eben erwähnten Schranken der Gerichtsstandgarantie des Art. 59 BV¹³¹ und der vom Bundesrecht vorgesehenen speziellen Gerichtsständen auch bei einem zuständigen ausländischen Gericht angehoben werden können. Voraussetzung ist jedoch, dass die an einem ausländischen Gerichtsstand angehobene Klage zu einem Urteil führt, das am schweizerischen Arrestort anerkannt wird, ansonst ja die durch die Erhebung des Rechtsvorschlags gehemmte Arrestbetreibung nicht fortgesetzt werden kann. Da nämlich die Kantone — sofern die Bundesgesetzgebung oder das Staatsvertragsrecht keine abweichenden Bestimmungen aufstellen — zur Vollstreckung ausländischer Urteile nicht verpflichtet sind, besteht die Möglichkeit, dass der betr. Arrestkanton die Vollziehung eines im Ausland ergangenen Urteils ausschliesst, was hinsichtlich der Arrestprosequierung zur Folge hat, dass die Fortsetzung der Betreibung nicht bewirkt werden kann. Aber auch wenn die kantonalen Prozessrechte die Vollstreckung ausländischer Urteile grund-

liche Wohnsitz gemäss Art. 23 ZGB und für juristische Personen der statuarische oder der Geschäftssitz. Vgl. dazu Fleiner/Giacometti S. 859.

127) Siehe Burckhardt S. 541; ferner die bei Schoch S. 22 F.-N. 1 und Ott S. 36 N. 3 zitierten älteren Entscheide; sowie ZBJV 65/95 f.; BGE 72 I 176 E. 2.

128) Die praktisch nur bei Vorliegen des Arrestgrundes von Art. 271 Z. 3 eine Rolle spielt, da in allen anderen Fällen die oben angeführten Voraussetzungen des Art. 59 BV nicht erfüllt sein werden.

129) Giacometti S. 858 F.-N. 13, 16; Bonnard S. 293.

Vgl. im übrigen zu dieser Gerichtsstandgarantie Burckhardt S. 538 ff.; Coninx S. 17 ff.; Gmür a.a.O..

130) Siehe Guldener, IZPR S. 38 F.-N. 18.

131) Diese hat neben der interkantonalen auch internationale Geltung, denn wenn der Verfassungsgesetzgeber mit dieser Bestimmung zu vermeiden versucht, dass der solvente, in der Schweiz domizilierte Schuldner für persönliche Ansprachen nicht in einem anderen Kanton eingeklagt werden kann, so will er logischerweise erst recht verhüten, dass er im Ausland belangbar ist. Folglich darf ein im Ausland gefälltes Urteil grundsätzlich — vorbehalten bleiben allfällige staatsvertragliche Vereinbarungen betr. die in der Schweiz wohnhaften Ausländer gemäss Art. 59 Abs. 2 BV — in der Schweiz nicht als vollstreckbar erklärt und für die Prosequierung als geeignet bezeichnet werden, vorausgesetzt, dass der Schuldner im Zeitpunkt der Klageanhebung die Erfordernisse des Art. 59 zu erfüllen vermag.

sätzlich vorsehen, so bedarf es dazu in der Regel eines besonderen Verfahrens der Vollstreckbarkeitserklärung, das die Ermittlung, ob die durch das kantonale Recht aufgestellten Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit vorhanden sind, zum Gegenstand hat¹³². Hinsichtlich der Arrestprosequierung hat nun das Bundesgericht¹³³ bezüglich dieses Verfahrens festgestellt, dass der Arrestgläubiger, damit er gestützt auf ein den Forderungsbestand bejahendes ausländisches Urteil die Fortsetzung der Betreibung erwirken könne, nicht verpflichtet sei, zunächst eine Vollstreckungsbewilligung einzuholen, sondern dass vielmehr die gleichen Grundsätze zur Anwendung gelangen, die für den Fall, wo nach erfolgtem Rechtsvorschlag bei einem ausserkantonalen Gericht die Klage angestellt, und ein die Forderung gutheissendes Urteil ergangen ist, massgebend seien (Art. 81 Abs. 2 SchKG)¹³⁴. Danach kann und soll nach der Praxis des Bundesgerichts das Fortsetzungsbegehren unmittelbar auf das im Ausland erlangte Urteil hin gestellt werden. Vor Vollzug desselben aber ist dem Schuldner eine zehntägige Frist einzuräumen, um ihm Gelegenheit zu geben, sich gestützt auf Art. 81 Abs. 2 und 3 SchKG sowie auf die allfälligen kantonalen Vollstreckbarkeitsbestimmungen gegen die Fortführung der Betreibung zu widersetzen. Falls der Schuldner binnen der genannten Frist von diesem Recht keinen Gebrauch macht, so kann die Betreibung fortgesetzt werden. Andernfalls muss der Gläubiger binnen zehn Tagen die Beseitigung der Einsprache verlangen, und zwar im Rechtsöffnungsverfahren, falls sich die Einrede auf Art. 81 Abs. 2 und 3 SchKG stützt, oder aber in dem nach den kantonalen Gesetzgebungen vorgesehenen speziellen Verfahren für die Vollstreckbarerklärung ausländischer Urteile, falls er seine Einsprache mit Gründen aus dem kantonalen Recht geltend macht. Wenn der Gläubiger dieser Pflicht binnen der erwähnten Frist nicht nachkommt, oder sein Rechtsöffnungs- bzw. Vollstreckungsgesuch abgewiesen wird, fällt das bereits gestellte Fortsetzungsbegehren dahin.

Die Frage, ob ein in der Schweiz ergangenes Arrestprosequierungsurteil im Ausland vollstreckbar ist, kann nicht einheitlich beantwortet werden, denn dies hängt von den Bestimmungen über die Möglichkeit der Vollstreckung ausländischer Entscheide desjenigen Staates ab, in dem die Vollziehung eines in der Schweiz ergangenen Arrestprosequierungsurteils durch den Gläubiger gewünscht wird. Massgebend dabei wird nicht zuletzt die Einhaltung des Gegenrechts seitens der Schweiz sein. Wie aber bereits ausgeführt wurde¹³⁵, ist die Vollstreckbarkeit ausländischer Arrestprosequierungsurteile u. a. durch Art. 59 BV beschränkt¹³⁶.

132) Siehe Guldener, IZPR S. 114 ff. insbesondere 116 f. Z. III.

133) In BGE 66 III 59 f. in Verbindung mit 40 III 253 f. (=Pra 3/445 ff. =ZSchK 4/80 ff.).

134) Vgl. dazu KrSchr 26.

135) S. 25.

136) Vgl. diesbezüglich zwei — in der SJZ 21/20 ff. wiedergegebene — Urteile deutscher Gerichte, die über die Vollstreckbarkeit zürcherischer Arrestprose-

Zu bemerken in diesem Zusammenhang bleibt noch, dass gemäss Praxis¹³⁷ der Gerichtsstand des Arrestortes, falls die Kantone ihn vorsehen, auch für den Fall gilt, wo der Beklagte seinen Wohnsitz im Ausland hat. Dies bedeutet für den Gläubiger, der einen Ausländerarrest erwirkt hat, eine grosse Erleichterung. Benachteiligt sind jedoch in dieser Hinsicht alle diejenigen, die in einem Kanton einen Ausländerarrest legen lassen, der das Forum arresti nicht kennt. Hier bleibt dem jeweiligen Gläubiger nichts anderes übrig, als den Schuldner an seinem auswärtigen Gerichtsstand zu belangen, falls er nicht schon im Besitze eines Rechtsöffnungstitels ist. Wie es Hagmann¹³⁸ an einem Beispiel drastisch illustriert, sind diese Nachteile nicht zu unterschätzen. Man denke nur an die Schwierigkeiten, die dem Gläubiger, der an einem ausländischen Gericht ein Arrestprosequerungsurteil erwirken will, zuteil werden können, ganz abgesehen von den Kosten- und Vollstreckungsfragen. Es wäre deshalb wünschenswert, dass die vereinzelt Kantone¹³⁹, die das Forum arresti für die Arrestprosequerungsklage noch nicht vorsehen, dieses einführen würden, um den dadurch in seiner Wirkung gehemmten Ausländerarrest zu einem wirksameren Mittel für die schweizerischen Gläubiger auszugestalten.

Da — wie schon wiederholt festgestellt wurde — die Arrestprosequerungsklage eine selbstständige Zivilklage darstellt, deren örtliche Zuständigkeit durch die kantonalen Prozessrechte bestimmt wird, so stehen einer örtlichen Prorogation grundsätzlich keine bundesrechtlichen Bestimmungen entgegen¹⁴⁰. Denkbar wäre höchstens, dass eine solche mit Art. 59 BV in Widerspruch stünde. Dem ist jedoch nicht so, der in der Schweiz domizilierte, aufrechtstehende Schuldner kann gemäss Lehre und Praxis¹⁴¹ auf den in Art. 59 BV garantierten Gerichtsstand des Wohnsitzes verzichten, da dieser rein im Interesse des jeweiligen Schuldners und nicht der öffentlichen Interessen wegen vorgesehen wurde. Dieses verfassungsmässige Recht ist m. a. W. ein veräusserliches. Folglich bleibt es den Kantonen vorbehalten, darüber zu bestimmen, ob für die Arrestprosequerungsklage eine örtliche Prorogation möglich sei oder nicht. Diese haben davon verschiedenartigen Gebrauch gemacht. Während eine Gruppe von Kantonen, nämlich diejenigen, welche für die Arrestprosequerungsklage ausschliesslich den Arrestort vorschreiben, eine Prorogation ausschliessen, lassen andere eine solche grundsätzlich zu, dies jedoch nur indirekt, da kein Kanton eine spezielle Prorogationsvorschrift nur für die Arrestprosequerungsklage kennt¹⁴².

gierungsurteile in Deutschland zu entscheiden hatten, und die dazu gemachten — in der Deutschen Juristischen Wochenschrift 53/1/703 abgedruckten — kritischen Bemerkungen von Prof. Reichel aus Hamburg.

137) ZSchK 4/81, 15/57 ff.; BlZR 27/62 f.; ZBJV 35/89 Z. 4, 474; VAaRG 2/47.

138) A. a. O..

139) Vgl. Zuppinger S. 29.

140) Vgl. dazu BGE 61 I 263.

141) Siehe Zuppinger S. 34 ff., sowie die dort angeführte Literatur und Judikatur; Fleiner/Giacometti S. 860; Guldener S. 74 F.-N. 41.

142) Vgl. im übrigen die Zusammenstellung bei Zuppinger S. 36 ff..

Aus der Natur der Arrestprosequierungsklage als einer reinen Zivilklage, die auf die Forderung, für die ein Arrest erwirkt wurde, gerichtet ist, ergibt sich sodann, dass am Gerichtsstand des Arrestortes auch dann geklagt werden kann, falls der Betrag des Streitwertes den Wert der arrestierten Gegenstände übersteigt¹⁴³. Welches von allfällig mehreren sich am Arrestort befindenden Gerichten für die Beurteilung der Klage kompetent ist, bestimmt sich somit nach der Höhe der Arrestforderung, und nicht nach dem Wert der Arrestobjekte¹⁴⁴. Wollte man die Arrestprosequierungsklage nur für den Wert der arrestierten Gegenstände am Arrestort zulassen, so würde man nicht nur dem selbstständigen Charakter der Arrestprosequierungsklage zu wenig Rechnung tragen, sondern auch eine Ungleichstellung der Arrestgläubiger bewirken, nämlich insofern, als dadurch im Falle, wo die arrestierten Objekte die zu sichernde Forderung zu decken vermöchten die Klage am Arrestort angebracht werden könnte, im Falle jedoch, wo dies nicht zutreffen würde, der Arrestgläubiger ohne sein Dafürkönnen von dieser Begünstigung beraubt wäre. Andererseits ergibt sich jedoch aus der Tatsache, dass es sich beim Forum arresti um einen Sondergerichtsstand handelt, dass an diesem nur die Forderung, für die ein Arrest erwirkt wurde, eingeklagt werden kann. Übersteigt folglich die am Forum arresti — das nicht mit dem ordentlichen Gerichtsstand des Beklagten zusammenfällt — eingeklagte Forderung diejenige, für die auf Glaubhaftmachung des Gläubigers hin eine Arrestnahme bewilligt wurde, so hat sich das betr. Gericht als unzuständig zu erklären¹⁴⁵.

VI. Grundsätzlich haben die kantonalen richterlichen Behörden über die Zulässigkeit der Arrestprosequierungsklage zu entscheiden, wobei sie zu beachten haben — falls die Klage am Forum arresti eingeleitet werden soll — dass dieser Gerichtsstand zu Recht besteht¹⁴⁶. Diese Kompetenz der Gerichte ergibt sich ebenfalls aus der Natur der Arrestprosequierungsklage als einer selbstständigen, unabhängigen Klage, für deren örtliche Zuständigkeit usw. die kantonalrechtlichen Gesetzesbestimmungen massgebend sind. Die Betreibungsbehörden erscheinen somit nicht als befugt, zu untersuchen, ob der Arrestprosequierungsprozess allfällige Mängel prozessualer Art aufweist, ob der kantonale Richter befugt war, auf die Klage einzutreten oder nicht, denn ansonst würden sie in den Kognitionsbereich der kantonalen Gerichtsbehörden eingreifen, der diesen gemäss SchKG vorbehalten bleibt¹⁴⁷. Falls jedoch das Fortbestehen des Arrestes von der Innehaltung der Klagefrist abhängt, so dürfen die Betreibungsbehörden auch die Frage der Innehaltung dieser Frist erörtern, da sie und nicht der Prose-

143) SJZ 2/64, 11/173 (=ZBJV 50/497 =RSchK 5/235 ff.); BlZR 33/29 f.; HE 17/335; sowie Jaeger Art. 278 N. 11.

144) SJZ 5/345.

145) Vgl. dazu SJZ 39/168.

146) Vgl. S. 10 ff..

147) Siehe Meyer-Wild a.a.O.; ferner BGE 65 III 52; BlZR 17/106.

quierungsrichter über den Fortbestand bzw. Hinfall des Arrestes gemäss Art. 278 Abs. 4 SchKG zu entscheiden haben¹⁴⁸.

VII. Das Verfahren sowie die zulässigen Rechtsmittel gegen das Prose-
quierungsurteil werden ebenfalls durch das kantonale Recht geordnet. Die
meisten Kantone sehen das ordentliche Verfahren vor und m. W. nur zwei
das beschleunigte¹⁴⁹. Die Regelung in jedem einzelnen Kanton kann hier
nicht behandelt werden; dies würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit,
die lediglich die Arrestprosequierungsklage im Zusammenhang mit der gan-
zen Arrestprosequierung darzustellen versucht, bei weitem sprengen. Es
möge deshalb mit einem Hinweis auf die Zusammenstellung bei Zuppinger¹⁵⁰
seine Bewendung haben¹⁵¹.

VIII. Wenn die Klage des Gläubigers gutgeheissen wird, so erlangt er
die definitive Rechtsöffnung. Falls die Forderung nur teilweise anerkannt
wird, so soll der Arrest nicht in seinem vollen Umfange weiterbestehen,
sondern nur soweit es zur Deckung des gutgeheissenen Betrags erforder-
lich ist, ansonst das Prinzip, wonach nicht mehr Gegenstände mit Arrest
belegt werden sollen, als es zur Deckung der in Betreibung gesetzten bzw.
zu setzenden Forderung notwendig ist, verletzt würde¹⁵². Bei endgültiger
Abweisung der Klage fällt der Arrest nach Art. 278 Abs. 4 SchKG dahin.
Unter „endgültig“ darf jedoch nicht verstanden werden, bis überhaupt keine
Rechtsmittel mehr gegen das Urteil möglich sind. Wie Jaeger¹⁵³ richtig
bemerkt, müsste man sonst den Arrest unter Umständen noch sehr lange
Zeit bestehen lassen, so v. a. bei der Revision auf Grund neuer Tatsachen.
Da mit der Abweisung der Klage gerichtlich festgestellt wird, dass die
Forderung nicht existiert, so wird selbstverständlich neben dem Arrest auch
die Betreibung hinfällig.

IX. Abschliessend sei noch bemerkt, dass falls für dieselbe Forderung
in mehreren Kantonen eine Arrestnahme erfolgte, es genügt, wenn die
Prosequierungsklage an einem Ort zur rechten Zeit erhoben wird, da das
in einem Kanton ergangene Urteil nach Eintritt der Rechtskraft in der
ganzen Schweiz beachtet werden muss¹⁵⁴. Falls die Klage an jedem Orte,

148) Bonnard S. 294; ferner BGE 75 III 76 (=Pra 38/482 ff.), 38 I 676 f. E. 2
(=Pra 1/573 ff. =ZSchK 2/15).

149) Uri ZPO 1912 § 233 lit. d; Luzern ZPO 1948 § 327 Z. 2.

150) S. 48 ff..

151) Vgl. ferner für die Kosten- und Entschädigungsfrage bei Gegenstandslos-
werden des Prozesses BIZR 37/176 f. und für die Zulässigkeit einer Widerklage
zur Geltendmachung der Schadenersatzforderung gemäss Art. 273 SchKG Jaeger
Art. 278 N. 11; Reichel Art. 278 N. 7; Jud S. 90; BGE 47 I 180 ff.; Vorl I 1888
und Beschl BVers 1888 zu Art. 216.

152) G. M. Bonnard S. 296; Jud S. 90; a. M. Jaeger Art. 278 N. 24.

153) Art. 278 N. 24.

154) Dies im Gegensatz zur Arrestbetreibung, die, falls für die gleiche Forde-
rung an mehreren Orten ein Arrest erwirkt wurde, an jedem Orte angehoben
werden muss, vorausgesetzt, dass nicht am ordentlichen Betreibungsstand betrie-
ben wird. Vgl. Guldener, IZPR S. 81 N. 264 und S. 84 ff.; ferner BIZR 38/281 ff.
und 283 f. (=BGE 64 III 78 =Pra 27/334 ff. =BSchK 4/19 ff.).

wo Gegenstände arrestiert, angehoben werden müsste, so könnte der Schuldner mit Erfolg die Einrede der Rechtshängigkeit bzw. der abgeurteilten Sache geltend machen.

§ 13. Der Nachweis neuen Vermögens

I. Bekanntlich dient zur Beseitigung eines nur mit der Einrede mangelnden neuen Vermögens geltend gemachten Rechtsvorschlags nach Art. 265 Abs. 3 SchKG das Begehren um Feststellung, dass der Betriebene zu neuem Vermögen gekommen sei, welches vor dem durch das kantonale Recht bezeichneten Richter im beschleunigten Verfahren anzubringen ist¹⁵⁵. Angesichts der Tatsache, dass in Art. 278 Abs. 2 SchKG zur Beseitigung des Rechtsvorschlags nur das Rechtsöffnungsverfahren und die Klage auf Anerkennung der Forderung genannt werden, stellt sich die Frage, ob in der Arrestbetreibung ein nur mit der Einrede aus Art. 265 Abs. 3 begründeter Rechtsvorschlag ebenfalls auf dem Weg des eben erwähnten besonderen Verfahrens beseitigt werden muss oder nicht. Das Bundesgericht hat m. E. zu Recht die Frage bejaht¹⁵⁶. Es besteht kein Grund dieses spezielle Verfahren, das einen vom Rechtsöffnungsverfahren und Prosequierungsprozess abweichenden Zweck verfolgt, nämlich die Feststellung, ob für die streitige Forderung neuerdings auf dem Betreibungswege Befriedigung gesucht werden darf, nicht auch in der Arrestbetreibung zur Anwendung zu bringen. Dies widerspricht keineswegs dem Sinn und Zweck von Art. 278¹⁵⁷.

II. Wie bereits weiter vorn ausgeführt¹⁵⁸, muss das Begehren, damit der Arrest nicht dahinfällt, binnen der in Art. 278 Abs. 2 vorgesehenen zehntägigen Frist beim zuständigen Richter angebracht werden¹⁵⁹.

III. Da es sich in diesem Verfahren darum handelt, ob eine gewisse Forderung auf dem Wege der Zwangsvollstreckung geltend gemacht werden kann, d. h. um eine betreibungsrechtliche Frage, so ist das Begehren am Betreibungsort, also in der Regel am Arrestort anzubringen¹⁶⁰.

IV. Falls das Gericht verneint, dass der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist, fällt die Betreibung und mit ihr der Arrest dahin. Andernfalls kann die Betreibung fortgesetzt werden, und der Arrest bleibt bestehen, wobei aber derjenige Teil der verarrestierten Vermögensobjekte, welcher den durch den Richter festgestellten Betrag des neuen Vermögens übersteigt, frei wird¹⁶¹.

155) Vgl. dazu v. Büren a.a.O.; Jaeger und Jaeger/Daeniker zu Art. 265 N. 9 ff.; Brand in SJK K. 979, S. 10.

156) BGE 41 III 302 (=Pra 4/475 ff.) und die dort angeführten Entscheide.

157) Vgl. ZBJV 39/222 ff..

158) S. 15 ff..

159) G. M. BGE 41 III 302 f.; Jaeger Art. 278 N. 7; Bonnard S. 258 f.; a. M. BGE 34 I 186 E. 5 (=ASchK 12/301 ff. =MSchK 3/161 f.).

160) BGE 25 I 39 ff. E. 3 und 4.

161) BGE 45 III 21 f..

§ 14. Die besonderen Verteidigungsmittel des Betriebenen aus materiellrechtlichen Gründen

I. Da auch in der Arrestbetreibung die Institute des Rechtsvorschlags und der Aberkennungsklage — angesichts der Tatsache, dass sie gewissen formellen und zeitlichen Schranken unterworfen sind — keine absolute Sicherheit für die Abklärung der materiellrechtlichen Begründetheit der in Betreibung gesetzten Ansprüche zu geben vermögen, stehen dem Schuldner auch hier die in Art. 85 und 86 SchKG vorgesehenen ausserordentlichen Schutzmittel zur Verfügung, die im folgenden der Vollständigkeit halber kurz angeführt werden mögen.

II. Das Begehren um Aufhebung oder Einstellung der Betreibung infolge Nachweises der Tilgung bzw. Stundung der Schuld samt Zinsen und Kosten durch Urkunden gemäss Art. 85 SchKG kann grundsätzlich in jedem Stadium des Verfahrens erfolgen ausser beim Konkurs, wo es angesichts der generalexekutorischen Natur nur bis zur Konkurseröffnung angebracht werden darf. Zuständig ist der Richter des Betreibungsortes also in der Regel des Arrestortes. Für die Legitimation, Verfahren, Kosten und Wirkungen gilt dasselbe wie bei der ordentlichen Betreibung¹⁶². Bei Gutheissung des Begehrens fällt der Arrest dahin.

III. Die betreibungsrechtliche Rückforderungsklage richtet sich als eine Leistungsklage auf Rückzahlung einer Nichtschuld, die infolge eines unterbliebenen oder beseitigten Rechtsvorschlags zwangsweise bezahlt wurde. Da sich auch hier die Dinge gleich verhalten wie bei der Rückforderungsklage in der ordentlichen Betreibung, kann auf die diesbezügliche Literatur verwiesen werden¹⁶³.

§ 15. Die Pfändung

I. Nach unbenutztem Ablauf der im Zahlungsbefehl vorgeschriebenen Frist zur Befriedigung des Gläubigers kann die Betreibung, sofern sie nicht bzw. nicht mehr durch einen Rechtsvorschlag gehemmt ist, fortgesetzt, d. h. die Pfändung vorgenommen werden.

II. Die Fortsetzung der Betreibung auf Pfändung findet grundsätzlich am Arrestorte statt, vorausgesetzt, dass die Betreibung dort angehoben wurde, und die Arrestobjekte nicht schon von einem anderen Gläubiger auf Grund einer am ordentlichen Betreibungsort angehobenen Betreibung gepfändet worden sind¹⁶⁴. Im letzteren Fall erscheint nämlich das Betreibungsamt am Wohnsitze des Schuldners als kompetent, ansonst die Ge-

162) Vgl. v. Overbeck S. 61 ff.; Blumenstein S. 313 ff.; Jaeger und Jaeger/Daeniker zu Art. 85 N. 7 ff.; Favre S. 144; Fritzsche S. 136 f..

163) Vgl. v. Overbeck S. 62 ff.; Blumenstein S. 318 ff.; Jaeger und Jaeger/Daeniker zu Art. 86; Brand in SJK K. 981, S. 1 ff.; Brunner S. 137 ff.; Favre S. 145 f.; Fritzsche S. 137 ff..

164) Vgl. S. 39 ff..

fahr bestünde, dass dieselben Objekte zur gleichen Zeit und im gleichen Rang von mehreren in verschiedenen Kreisen angehobenen Betreibungen erfasst würden¹⁶⁵. Diesem Konflikt wird durch die Zuständigkeitserklärung des Betreibungsamtes am ordentlichen Forum vorgebeugt. Dass diesem und nicht dem Betreibungsamte des Arrestortes der Vortritt zuerkannt wird, lässt sich dadurch rechtfertigen, dass am ordentlichen Betreibungsort das Pfändungsbegehren seitens des Drittgläubigers vor demjenigen des Arrestgläubigers angebracht wurde. Die Anw OGer¹⁶⁶ schreibt diesbezüglich vor, dass im Falle, wo die Betreibung zwar rechtzeitig am Arrestort angehoben wird, aber die Arrestgegenstände auf Begehren eines anderen zuständigen Amtes für Drittgläubiger gepfändet werden, bevor der Arrestgläubiger sein Pfändungsbegehren stellen kann, für die Fortsetzung der Betreibung dasjenige Amt zuständig sei, in dessen Auftrag die Pfändung vollzogen wurde.

Die Betreibung wird hingegen am Arrestort fortgesetzt, wenn die Drittgläubiger ebenfalls auf die betr. Objekte einen Arrest erwirkt und die Betreibung an diesem Ort angehoben haben, oder falls der am Forum arresti betreibende Gläubiger die Pfändung der Arrestobjekte zuerst verlangt hat.

Falls in mehreren Betreibungskreisen Vermögensobjekte mit Arrest belegt wurden, so ist die Betreibung getrennt fortzusetzen, vorausgesetzt, dass nicht auch am ordentlichen Betreibungsort des Schuldners eine Betreibung anhängig ist. Diese Regelung ergibt sich daraus, dass — wie noch zu zeigen sein wird¹⁶⁷ — bei der am Forum arresti angehobenen Betreibung die Pfändung sich nur auf die dort liegenden Objekte zu erstrecken vermag.

III. Wie in der ordentlichen bedarf es auch in der Arrestbetreibung eines Pfändungsbegehrens seitens des Gläubigers, um das Pfändungsrecht rechtsgültig erlangen zu können. Namentlich auch im Fall, wo sich der Gläubiger gemäss Art. 281 Abs. 1 der Pfändung anderer Gläubiger anschliesst, bedarf es eines solchen Begehrens, damit das provisorische Teilnahmerecht zu einem definitiven wird. Dass dem so ist, ergibt sich aus der eben genannten Gesetzesbestimmung, wo ausgeführt wird, dass, falls die Arrestgegenstände nach Ausstellung des Arrestbefehls von einem Gläubiger gepfändet werden, bevor der Arrestgläubiger selber das Pfändungsbegehren stellen könne, der letztere von Rechtes wegen an der Pfändung teilnehme. In Analogie zu Art. 83 SchKG, wonach die provisorische Pfändung ohne ein Dazutun des Gläubigers sich in eine definitive umwandelt, falls es der Schuldner unterlässt, die Aberkennungsklage anzuheben oder mit derselben abgewiesen wird, und zu Art. 111 SchKG, wonach die provisorische Anschlusspfändung der privilegierten Gläubiger im Falle, wo deren Ansprüche be-

165) Siehe BIZR 23/282 ff.; ASchK 3/289 ff..

166) Z. 358.

167) S. 62 ff..

stritten werden, ebenfalls von selbst zu einer definitiven wird, wenn der Privilegierte mit seiner Klage durchdringt, könnte man versucht sein¹⁶⁸, anzunehmen, dass auch im Falle des Art. 281 das Provisorium eo ipso zu einem Definitivum wird, falls kein Rechtsvorschlag erhoben, bzw. dieser beseitigt wurde. Dieser Vergleich lässt sich jedoch nicht ziehen, denn der vorliegende Fall ist mit den beiden genannten nicht identisch. Wie das Bundesgericht in einem Entscheid richtig ausführt¹⁶⁹, räumt Art. 281 Abs. 1 dem Arrestgläubiger unter gewissen Voraussetzungen nur aus Billigkeitsgründen das Recht auf provisorische Teilnahme an der Pfändung eines oder mehrerer anderer Gläubiger ein. Es soll damit verhindert werden, dass der Arrestgläubiger, der sich noch nicht in der Lage befindet, das Pfändungsbegehren zu stellen, seiner durch den Arrest erworbenen Vorteile verlustig geht, falls in der Zwischenzeit zugunsten eines anderen Gläubigers die Arrestgegenstände gepfändet werden. Wenn aber der Arrestgläubiger in der Lage ist, das Pfändungsbegehren zu stellen, so erscheint die erwähnte Rücksichtnahme nicht mehr als berechtigt, sondern es gilt dann vielmehr wieder der Grundsatz, dass Betreibungshandlungen in der Regel nur gestützt auf ein Begehren der Gläubiger vorgenommen werden dürfen. Ein solches Begehren liegt jedoch im Gegensatz zu den Fällen von Art. 83 und 111 Abs. 3 bei der provisorischen Anschlusspfändung gemäss Art. 281 Abs. 1 nicht vor. Diese erfolgt hier ohne irgendein Verlangen des Gläubigers von Gesetzes wegen, während es dort eines Begehrens seitens des jeweiligen Gläubigers bedarf. Es erscheint deshalb als durchaus gerechtfertigt, dass der Gläubiger zur Stellung eines Pfändungsbegehrens verpflichtet wird.

IV. Falls die arrestierten Gegenstände nicht noch von anderen Gläubigern arrestiert oder gepfändet worden sind, so kann der Arrestgläubiger gleich wie bei der ordentlichen Betreibung die Pfändung gemäss Art. 88 Abs. 1 und 2 SchKG frühestens zwanzig Tage und spätestens ein Jahr nach der Zustellung des Zahlungsbefehls verlangen, wobei die Zeit zwischen Anhebung und gerichtlicher Erledigung der Anerkennungsklage nicht eingerechnet wird¹⁷⁰. Eine möglichst rasche Fortsetzung der Betreibung erscheint nicht mehr als erforderlich, da jetzt die Forderungsverhältnisse abgeklärt sind, und feststeht, dass der Arrest zu Recht, die Gefahr hingegen, dass der Arrestschuldner zu Unrecht in seiner Verfügungsfreiheit beschränkt wird, nicht mehr besteht¹⁷¹.

Wenn innerhalb der erwähnten Frist das Pfändungsbegehren nicht gestellt wird, so erlischt die Betreibung, und der Arrest fällt dahin.

168) Wie dies u. a. das solothurnische Obergericht in seinem Entscheid vom 12. Dezember 1906 getan hat, vgl. ASchK 11/218 ff..

169) Siehe BGE 33 I 225 ff. (= ASchK 11/193 ff. = BIZR 6/257) und 36 I 445 E. 2, 50 III 185 f. (= Pra 14/29 f. = ZSchK 15/184 ff.); Botsch BR 1888 zu Art. 194a; a. M. Keller a. a. O..

170) Vgl. ASchK 9/105 ff.; SJZ 31/265.

171) Siehe BGE 35 I 829 f. (= MSchK 3/160 = RSchK 10/385 ff.), 53 III 24.

Anders verhält es sich im Falle, wo der Arrestgläubiger gemäss Art. 281 Abs. 1 an der auf Begehren eines anderen Gläubigers vorgenommenen Pfändung der Arrestobjekte provisorisch teilnimmt. Um diese Teilnahme in eine definitive umzuwandeln, scheint es wegen den übrigen Beteiligten als geboten, die Frist zur Stellung des Pfändungsbegehrens zu verkürzen. Dieser Ansicht ist namentlich auch das Bundesgericht¹⁷², und es hat für diesen Fall die Frist zur Stellung des Pfändungsbegehrens auf zehn Tage festgesetzt, beginnend vom Momente an, wo der Arrestgläubiger „tatsächlich in die Lage versetzt wird, die Fortsetzung der Betreibung zu verlangen“. Bei Nichtbeachtung dieser Frist verliert der Gläubiger seine Rechte auf Teilnahme an der Pfändung der Arrestobjekte.

Falls der Arrestprosequierungsprozess im Ausland stattfindet, hat der Arrestgläubiger grundsätzlich binnen zehn Tagen nach Erlangung des Urteils ebenfalls das Pfändungsbegehren zu stellen, vorausgesetzt, dass die Arrestgegenstände noch von andern Gläubigern gepfändet wurden. Denn — wie bereits festgestellt¹⁷³ — bedarf es zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens keiner Vollstreckbarkeitserklärung des ausländischen Arrestprosequierungsurteils, sondern das Betreibungsamt hat dem Schuldner lediglich eine zehntägige Frist einzuräumen, binnen welcher er die Einreden aus Art. 81 Abs. 2 und 3 SchKG oder aus allfälligen kantonalen Vollstreckbarkeitsbestimmungen geltend machen kann.

V. In der Arrestbetreibung ist die Vornahme einer Pfändung in der Regel nicht mehr erforderlich. Sie würde in den meisten Fällen eine Wiederholung des bereits nach den in den Art. 91 ff. SchKG für die Pfändung aufgestellten Bestimmungen vorgenommenen Arrestvollzuges bedeuten. Der Bundesrat hat diesbezüglich — in seiner ehemaligen Funktion als Oberaufsichtsbehörde — in zutreffender Weise festgestellt¹⁷⁴, dass es zum Pfändungsvollzug lediglich einer Bemerkung auf der Arresturkunde bedürfe, dahinlautend, dass infolge eines Pfändungsbegehrens von dem und dem Tage an der Arrest in eine Pfändung übergehe.

Die Vornahme einer Pfändung erscheint allerdings dann als erforderlich, wenn die Arrestgegenstände dem Arrestschuldner gegen Leistung einer Kaution belassen wurden. Die letztere ist nach Vornahme der Pfändung dem Arrestgläubiger zurückzuerstatten, vorausgesetzt, dass die betr. Objekte noch vorhanden sind, ansonst die Kaution gepfändet wird¹⁷⁵.

VI. Die nachträgliche Anbringung der Unpfändbarkeitseinrede durch den Schuldner erscheint grundsätzlich als unzulässig. Diese kann nur während zehn Tagen seit Zustellung der Abschrift der Arresturkunde an den Schuldner geltend gemacht werden. Es gilt m. a. W. der Grundsatz, dass

172) Vgl. Kr Schr Nr. 27; BGE 36 I 446 E. 3; SJZ 3/303 (=RSchK 7/106); BIZR 10/233 ff.; Semjud 74/36 ff.; sowie Bonnard S. 261 ff.; Lienhart, Arrest S.12.

173) S. 25 f..

174) Siehe ASchK 4/171.

175) Vgl. Bonnard S. 263; Jud S. 92.

das, was gültig verarrestiert, auch gültig gepfändet werden kann¹⁷⁶. Die Einrede der Unpfändbarkeit wird jedoch zugelassen werden müssen, falls die betr. Arrestobjekte im Zeitraum zwischen der Arrestnahme und der Pfändung ohne arglistiges Dazutun des Schuldners unpfändbar geworden sind.

VII. Analog zur Einrede der Unpfändbarkeit sind auch allfällige Drittansprüche grundsätzlich im Anschluss an die Arrestnahme geltend zu machen, denn in Art 275 SchKG wird ausdrücklich auch auf die Bestimmungen über das Widerspruchsverfahren¹⁷⁷ Art 106 ff. SchKG verwiesen. Dieses soll folglich gemäss Gesetz schon während des Arrestverfahrens eingeleitet werden¹⁷⁸, was sich angesichts der Tatsache, dass durch die Arrestnahme grundsätzlich nicht nur die Verfügungsfreiheit des Arrestschuldners, sondern auch diejenige allfälliger Dritter beschränkt werden kann¹⁷⁹, nicht als unberechtigt erweist. In diesem Zusammenhang möge noch auf die bemerkenswerten Ausführungen Lenhards¹⁸⁰ hingewiesen werden, der eine möglichst weitreichende Einschränkung des Widerspruchsverfahrens während des Arrestverfahrens befürwortet, da nach seiner — m. E. nicht unrichtigen — Ansicht die vorzeitige Durchführung dieses Verfahrens nur dann einen Sinn hat, falls der Dritte in seiner Verfügungsfreiheit über das betr. arrestierte Objekt stark beschränkt wird, und ausserstande bzw. nicht gewillt ist, diese Beschränkung durch Leistung einer Kautions zu beheben. In den übrigen Fällen aber, wo es dem Dritten lediglich um die Feststellung des Bestandes seines Rechtes geht, soll die Entscheidung über eine bereits während des Arrestverfahrens angehobene Widerspruchsklage bis nach erfolgter Pfändung sistiert werden. Lenhard begründet seine Ansicht v. a. mit der prozessökonomischen Erwägung, dass durch eine solche Sistierung den Parteien die Kosten und Mühe, den Gerichten hingegen die Arbeit erspart bleibe, falls aus irgendeinem Grunde innerhalb der zehntägigen Frist seit Zustellung der Arresturkunde die Betreibung nicht angehoben werde oder, bevor sie ins Pfändungsstadium gelange, dahinfalle, und sich dadurch die Durchführung des Widerspruchsverfahrens erübrige.

176) BGE 71 III 13, 98 f. (=Semjud 68/133 ff.), 63 III 139, 56 III 122 (=Pra 19/391), 50 III 124 a. E., 41 III 103, 22/672 f.; ASchK 2/197 ff. (=Semjud 15/722 ff.), 3/159; ZSchK 2/222 ff.; HE 13/215; Anw OGer Z. 351; a. M. ZBJV 79/420 ff. (=BSchK 8/68).

177) Vgl. zu diesem Verfahren v. Overbeck S. 79 ff.; Blumenstein S. 380 ff.; Bürgi a.a.O.; Wagner a.a.O.; Lenhard a.a.O. und die dortigen Zitate; Favre S. 174 ff.; Fritzsche S. 191 ff..

178) Siehe Keller, Drittansprachen a.a.O.; Jud S. 46 f.; Jaeger Art. 280 N. 2; BGE 76 III 89 E. 2, 63 III 139 f. (=Pra 27/94); ASchK 5/190 ff., 10/25 ff.; ZSchK 2/154 ff.; BJZR 4/64; BSchK 16/168 f.; Anw OGer Z. 352.

179) Da die Betreibungsämter in der Regel dazu verpflichtet sind, alle im Arrestbefehl aufgezählten Objekte zu beschlagnahmen ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse usw..

180) S. 109 ff. insbesondere 113 Abs. 3.

Gleich wie bei der Unpfändbarkeitseinrede darf auch hier der Anspruch noch im Pfändungsstadium geltend gemacht werden, falls der Drittsprecher zuvor nicht in der Lage war, bzw. in die Lage gesetzt wurde, nach Art. 107 vorzugehen.

Der Ausgang des im Arrestverfahren eingeleiteten Widerspruchsverfahrens ist auch massgebend für das nachfolgende Pfändungsverfahren, allerdings nur soweit es den Arrestgläubiger betrifft, nicht aber für allfällige Dritte, die sich der Pfändung anschliessen, oder für den Fall, wo die Betreibung auf dem Wege des Konkurses fortgesetzt wird, da der Arrestgläubiger nicht für Drittgläubiger bzw. für die Gläubigersamtheit zu handeln vermag¹⁸¹.

Bei Anerkennung oder Gutheissung des Drittspruchs müssen die betr. Gegenstände dem Dritteigentümer ausgehändigt, oder, falls der Streit bloss ein Pfandrecht zum Gegenstand hatte, muss dies bei der Verwertung berücksichtigt werden¹⁸². Wird hingegen festgestellt, dass das beanspruchte Recht nicht besteht, so bleibt das betr. Objekt weiterhin mit Arrest belegt und gelangt dann mit den anderen zur Verwertung.

Auch in der Arrestbetreibung dürfen bis zur Beendigung des Widerspruchsverfahrens keine Verwertungshandlungen vorgenommen werden. Hinsichtlich der Pfändbarkeit der arrestierten Objekte vor Abklärung des genannten Verfahrens hat das Bundesgericht in zwei älteren Entscheiden¹⁸³ festgestellt, dass eine in Anschluss an den Arrest angehobene Klage über Drittsprüche nicht eine Einstellung der Betreibung nach Art. 107 Abs. 2 SchKG bewirke, da diese Bestimmung lediglich den Zweck verfolge, die Verwertung nicht aber die vorsorgliche Pfändung der vindizierten Gegenstände bis zur Erledigung des Prozesses über den Drittspruch zu verhindern, folglich der Arrestgläubiger seines provisorischen Teilnahmerechtes verlustig gehe, falls er nicht rechtzeitig das Pfändungsbegehren stelle. Nach einem späteren Entscheid des Bundesgerichts¹⁸⁴ hingegen steht die im Kr Schr Nr. 27 vorgesehene zehntägige Frist zur Stellung des Pfändungsbegehrens während der Durchführung des Vindikationsprozesses still.

VIII. Es stellt sich bei der Arrestbetreibung die Frage, ob über die arrestierten Objekte hinaus noch andere Gegenstände gepfändet werden können oder nicht. Angesichts der Tatsache, dass im Gesetz eine diesbezügliche Regelung fehlt, ist man sich sowohl in der Lehre als auch in der Praxis nicht völlig darüber einig. Bei der Erörterung dieses Problems erscheint es als vorteilhaft, zu unterscheiden zwischen dem Fall, wo die Betreibung am ordentlichen Betreibungsort angehoben wurde, und dem Fall, wo dies nicht zutrifft.

Wurde die Arrestbetreibung am ordentlichen Betreibungsort angehoben, so können ausser den arrestierten noch andere Gegenstände in die Pfän-

181) So auch Keller, Drittsprachen a.a.O..

182) Vgl. Jaeger Art. 280 N. 2.

183) BGE 38 I 236 f. (=Pra 1/217), 37 I 448.

184) BlZR 18/319 f..

dung einbezogen werden, und zwar auch solche, die sich in anderen Betreibungskreisen befinden. Denn, wie sich das Bundesgericht¹⁸⁵ richtig ausdrückt, vermag eine am allgemeinen Forum angehobene Arrestbetreibung grundsätzlich alle Vermögensstücke des Schuldners zu erfassen.

Als problematischer erscheint es, wenn die Betreibung an einem vom ordentlichen Betreibungsort abweichenden Forum arresti eingeleitet wurde. Angesichts der spezialexekutorischen Natur der Arrestbetreibung wird in diesem Fall in der Literatur¹⁸⁶ und Judikatur¹⁸⁷ vorwiegend die Meinung vertreten, dass sich die Pfändung nur auf die mit Arrest belegten Objekte erstrecken könne. Gegen diese Auffassung wendet sich Meli¹⁸⁸. Er behauptet, dass die Arrestbetreibung gewöhnliche Betreibung sein wolle und sie grundsätzlich über das Arrestobjekt hinaus noch andere Objekte mit Pfändung erfassen könne¹⁸⁹. Die Ablehnung jeglicher spezialexekutorischen Natur der Arrestbetreibung und ihre Gleichsetzung mit der ordentlichen vermag m. E. nicht zu befriedigen, denn wenn der Arrest selbst nur die am Arrestort gelegenen Vollstreckungsgegenstände zu erfassen vermag¹⁹⁰, so würde es als inkonsequent erscheinen, wenn die Arrestbetreibung, die erst auf Grund eines vollzogenen Arrestes überhaupt an einem besonderen Forum — nämlich am Arrestort — möglich wird, noch andere als die sich dort befindenden Gegenstände mit der Pfändung zu erfassen vermöchte. Die Arrestbetreibung ist ihrer Natur nach nicht allgemeine, ordentliche, sondern eine spezielle, eine Ausnahmebetreibung. Diese Ausnahme soll aber nicht weiter wirken, als das sie veranlassende Motiv, die Arrestnahme, reicht. Zudem ist zu sagen, dass, falls man die Pfändung auch auf andere als die am Arrestort gelegenen Objekte ausdehnen wollte, das Forum arresti seinen ebenfalls besonderen Charakter verlieren und zum allgemeinen Betreibungsort auswachsen würde, denn nur ein solcher vermag sämtliche Vermögenswerte des Schuldners, die in verschiedenen Betreibungskreisen liegen, zu erfassen, nicht aber der Betreibungsstand des Arrestortes, der ein rein dingliches Forum bildet, dessen Zuständigkeit durch die örtliche Lage gewisser beschlagnahmter Gegenstände begründet wird. Dafür, und nicht wie Meli meint für das Gegenteil, spricht denn auch die Tatsache, dass gemäss Art. 52 Satz 2 die Androhung und Eröffnung des auf eine generelle Liquidation des schuldnerischen Vermögens ausgehenden Konkurses nicht am Arrestort stattfinden dürfen.

185) BGE 54 III 228 (=Pra 17/507 f.), ferner 55 III 32 (=Pra 18/137 ff.); BIZR 3/286 f., 41/338 f.; JT 59/248 ff..

186) Jaeger Art. 280 N. 2; Lenzi S. 116; Jud S. 92.

187) BGE 25 I 589, 31 I 373, 34 I 405, 37 I 548, 40 I 501, 51 III 122 E. 4 (=Pra 14/434 ff.), 53 III 35, 54 III 228, 77 III 131; SJZ 32/265 (= Semjud 58/24 ff.); ASchK 4/185, 8/236, 383 f. Anm. der Red.; BIZR 3/287, 41/338; ZSchK 4/87.

188) A. a. O..

189) G. M. ASchK 8/379 ff.; RSchK 4/105 Anm. der Red..

190) Vgl. BGE 75 III 25 ff. und die dort zitierten Entscheide.

Zugegeben, die eben vertretene Ansicht hat ihre Nachteile, nämlich insofern als ein Gläubiger, der an mehreren Orten, von denen keiner mit dem ordentlichen Betreibungsstand des Schuldners zusammenfällt, Arreste erwirken lässt, gehalten ist, an mehreren Orten Betreibung anzuheben¹⁹¹. Dieser Nachteil berechtigt jedoch nicht — wie Meli glaubt — den seiner Natur nach speziellen Arrestbetreibungsort dem ordentlichen Forum des Schuldners gleichzustellen.

Nach der gemachten Feststellung, dass nur die sich am Arrestort befindenden Objekte mit Pfändung belegt werden dürfen, fragt es sich nun noch, ob von diesen letzteren nur die mit Arrest belegten, oder aber, falls diese zur Befriedigung des Arrestgläubigers nicht ausreichen, noch andere am Forum arresti liegende Objekte zur Liquidation gelangen können. In der Lehre¹⁹² und Praxis¹⁹³ wird mehrheitlich die erstere der beiden genannten Möglichkeiten vertreten. M. E. jedoch erscheint die letztere als die richtigere¹⁹⁴, denn sie trägt neben den Interessen des Schuldners auch denjenigen des Gläubigers Rechnung. Der erstere wird dadurch in seinem Recht, ausserhalb seines Domizils bezüglich seines ganzen Vermögens nicht betrieben zu werden, nicht verletzt¹⁹⁵, m. a. W. der spezialexekutorische Charakter der Arrestbetreibung bleibt trotzdem gewahrt. Der letztere hingegen erhält damit, falls er durch die Verwertung der arrestierten Vermögensobjekte für seine Arrestforderung nicht gänzlich befriedigt wird, die Möglichkeit, ohne eine neue Betreibung anheben zu müssen, vollständig gedeckt zu werden. Die Ansicht, wonach nur die arrestierten Objekte gepfändet werden können, vermag m. E. v. a. dann nicht restlos zu befriedigen, wenn ohne Verschulden des Gläubigers zu wenig Objekte mit Arrest belegt wurden, was durchaus, und zwar namentlich dann denkbar ist, wenn die betr. Gegenstände bei der Arrestnahme zu gering eingeschätzt wurden. Ferner aber auch im Falle, wo die Arrestobjekte nicht mehr vorhanden sind. Wollte man hier nicht an Stelle der nicht mehr vorhandenen Gegenstände die Pfändung anderer am Arrestort liegenden Objekte zulassen, so würde man ganz abgesehen vom Gläubiger auch gegenüber dem Schuldner, der gemäss Art. 277 SchKG eine Kautionsleistung hat, eine Ungerechtigkeit begehen, da dieser, falls die Arrestobjekte im Zeitpunkt der Pfändung nicht mehr vorgewiesen werden könnten, schlechter zu stehen käme, als derjenige, der keine geleistet hat; der erstere müsste sich nämlich gefallen lassen, dass andere Gegenstände, oder die Kautionsleistung gepfändet werden, der letztere könnte sich hingegen darauf berufen, dass nur die mit Arrest belegten Gegenstände gepfändet werden dürfen.

191) Vgl. Guldener, IZPR S. 81 N. 264; BGE 54 III 226 ff. (=Pra 17.507 ff.), 77 III 131.

192) Vgl. die in F.-N. 186 angeführten Zitate.

193) Vgl. die in F.-N. 187 angeführten Zitate.

194) G. M. Ott S. 112 F.-N. 157; Blumenstein S. 854 F.-N. 84; ASchK 11/340f. (=SJZ 5/10 =ZBJV 43/489).

195) Ausgenommen die Fälle, wo sich das ganze Vermögen des Schuldners an dem von seinem Domizil abweichenden Arrestort befindet.

§ 16. Die Anschlusspfändung

I. Aus Art. 281 Abs. 3 SchKG ist zu entnehmen, dass der Arrest ausser den in Abs. 1 und 2 dieser Bestimmung erwähnten keine Vorzugsrechte begründet. Daraus lässt sich u. a. schliessen, dass die Arrestgegenstände auch noch zugunsten anderer Gläubiger gepfändet werden können. Es besteht deshalb für den Arrestgläubiger die Gefahr, dass eine Pfändung der arrestierten Objekte erfolgt, bevor er in der Lage ist, sie selber zu verlangen. Damit nun in einem solchen Fall der Arrestgläubiger der durch die Arrestnahme erlangten Vorteile nicht verlustig geht, räumt ihm das Gesetz in Art. 281 Abs. 1 ein Anschlussrecht an der durch andere Gläubiger erwirkten Pfändung der Arrestgegenstände ein. Da jedoch die Berechtigung des Arrestgläubigers zur Fortsetzung der Betreibung noch nicht endgültig feststeht, ist die Teilnahme lediglich eine provisorische, die aber von Gesetzes wegen, d. h. ohne jegliches Anschlussbegehren, erfolgt. Der Betreibungsbeamte merkt gemäss Art. 112 Abs. 2 SchKG die provisorische Teilnahme des Arrestgläubigers auf der Pfändungsurkunde vor, vorausgesetzt, dass der Arrest noch zu Recht besteht.

Der provisorische Anschluss findet selbstverständlich auch statt, falls die Drittgläubiger angesichts der Tatsache, dass sie die betr. Objekte nicht auch mit Arrest belegen liessen, gezwungen sind, die Betreibung am ordentlichen Betreibungsort des Schuldners anzuheben.

Eine Einschränkung erfährt jedoch das Teilnahmerecht nach Art. 281 Abs. 1 insofern, als der Gläubiger nur dann zur provisorischen Teilnahme als berechtigt erscheint, falls die Pfändung der Arrestobjekte zugunsten eines Drittgläubigers nach der Ausstellung des Arrestbefehls erfolgt. Diese Regelung lässt sich dadurch erklären, dass die Billigkeitsgründe, die den Gesetzgeber veranlasst haben, dem Arrestgläubiger das Anschlussrecht einzuräumen, im Falle, wo die Pfändung bereits vor der Ausstellung des Arrestbefehls erfolgt, nicht vorliegen. Ein solcher der Pfändung folgender Arrest leistet — wie der Bundesrat in seiner ehemaligen Funktion als Oberaufsichtsbehörde festgestellt hat —¹⁹⁶ „den pfändenden Gläubigern keinen Dienst, dessen Willen der Arrestgläubiger die Teilnahme beanspruchen dürfte“. Werden folglich Gegenstände, die zugunsten anderer Gläubiger schon gepfändet wurden mit Arrest belegt, so hat der Arrestgläubiger nur Anspruch auf den sich allfällig ergebenden Mehrerlös. Hinsichtlich des massgebenden Zeitpunktes sei noch auf den nicht vollständig übereinstimmenden Wortlaut des deutschen mit dem französischen Gesetzestext hingewiesen. Während nach dem ersteren der Zeitpunkt nach Ausstellung des Arrestbefehls als massgebend erscheint¹⁹⁷, ist es nach dem letzteren erst der

¹⁹⁶ Vgl. ASchK 1/43; ferner BGE 55 III 92, 48 III 156 a. E. (= ZSchK 13/143 f.); sowie Bonnard S. 173 f. und die dortigen Zitate.

¹⁹⁷ „Werden nach Ausstellung des Arrestbefehls die Arrestgegenstände von einem anderen Gläubiger gepfändet . . .“; ähnlich auch die italienische Fassung: „Qualora dopo il decreto di sequestro gli oggetti sequestrati vengano pignorati da terzi, . . .“

Moment der tatsächlich erfolgten Arrestnahme¹⁹⁹. M.E. ist die zweit genannte Version¹⁹⁹ die richtigere²⁰⁰, denn vor der wirklichen Beschlagnahme können ja noch gar keine Arrestgegenstände im engeren eigentlichen Sinne des Wortes²⁰¹ gepfändet werden, sondern lediglich solche gemäss Arrestbefehl noch mit Arrest zu belegende, d. h. noch zu arrestierende Gegenstände. Zudem harmonisiert der französische Gesetzestext besser mit Art. 112 Abs. 2 SchKG, wo es auch in der deutschen Fassung heisst: „Werden Gegenstände gepfändet, auf welche bereits ein Arrest gelegt ist, so wird die Teilnahme des Arrestgläubigers an der Pfändung vorgemerkt.“

Im Gegensatz zum eben erörterten Fall geht der Arrestgläubiger seines Rechts auf provisorischen Anschluss an die Pfändung von Drittgläubigern nicht verlustig, falls diese schon zuvor auf die betr. Objekte einen Arrest erwirkten. Wollte man in diesem Fall dem Arrestgläubiger das Anschlussrecht versagen, so würde man zweifelsohne gegen Art. 281 Abs. 3 SchKG verstossen, wonach der Arrest ausser den in Abs. 1 und 2 der genannten Gesetzesbestimmung aufgezählten keine Vorzugsrechte schafft. Diese Ansicht vertritt auch das Bundesgericht, welches in einem diesbezüglichen Entscheid²⁰² u. a. ausführt, dass ein Ausschluss des Teilnahmerechts nur dann möglich wäre, falls dem früheren Arrest in Bezug auf den späteren die gleichen Wirkungen beigemessen würden, wie einer dem nachfolgenden Arrest vorausgehenden Pfändung, was jedoch wegen Verstoss gegen Art. 281 nicht möglich sei.

Haben die pfändenden Gläubiger die betr. Gegenstände ebenfalls mit Arrest belegen lassen, so erfolgt die Pfändung, an die sich der Arrestgläubiger provisorisch anschliesst, am Arrestort, vorausgesetzt, dass die Betreibung dort angehoben wurde. In diesem Falle können nur die sich an diesem Orte befindenden Objekte gepfändet werden. Haben hingegen die pfändenden Gläubiger ihre Betreibung am ordentlichen Betreibungsort des Schuldners angehoben, so findet die Pfändung an diesem Ort statt, und das Betreibungsamt des Arrestortes hat alsdann demjenigen des Domizils des Schuldners, das auch zur Fortsetzung der Arrestbetreibung zuständig wird, die Arresturkunde zuzuschicken. Hier dürfen zur Ergänzung der Pfändung, falls diese zur Befriedigung aller Gläubiger nicht ausreicht, an beliebigen Orten gelegene Gegenstände herbeigezogen werden, denn die Pfändung ist am ordentlichen Betreibungsort eine unbeschränkte.

198) „Lorsque les objets sequestrés viennent à être saisis par un autre créancier ...“

199) Die der Vorl I 1888 Art. 218 entspricht.

200) G. M. Schlatter S. 114; Ott S. 89 F.-N. 111; Reichel Art. 281 N. 1; Bonnard S. 175 f.; a. M. Jaeger Art. 281 N. 1; Blumenstein S. 850 F.-N. 74; BIZR 2/288 (=RSchK 3/155 ff.).

201) Worunter m. E. stets die arrestierten Gegenstände (objets sequestrés) zu verstehen sind, gleich wie man mit „Pfändungsobjekten“ stets die gepfändeten Objekte meint. A. M. das zürcherische Obergericht in BIZR 2/288.

202) BGE 48 III 156 f. (=ZSchK 13/143 f.).

Wie bereits angeführt²⁰³, wird das provisorische Teilnahmerecht dann definitiv, wenn der Arrestgläubiger innerhalb von zehn Tagen, nachdem er dazu in die Lage versetzt wurde, das Pfändungsbegehren stellt. Hinzuzufügen bleibt hier noch, dass dieses auch nach Ablauf der ordentlichen dreissigtägigen Teilnahmefrist des Art. 110 SchKG geschehen kann, ansonst ja diesem besonderem Anschlussrecht nach Art. 281 Abs. 1 praktisch keine Bedeutung zukäme.

Aus dem Wesen und Zweck des provisorischen Teilnahmerechtes ergibt sich, dass dieses erlischt, falls die betr. Pfändung beispielsweise wegen Tilgung der Forderung des Pfändungsgläubigers durch den Schuldner dahinfällt. Wenn aber der Arrestgläubiger im Zeitpunkte des Erlöschens der Pfändungsrechte des Drittgläubigers sein Pfändungsbegehren gestellt hat, fällt die erwirkte Pfändung nicht dahin, sondern bleibt zugunsten des Arrestgläubigers bestehen.

II. Bekanntlich sind in der ordentlichen Betreibung unter gewissen Voraussetzungen neben dem Pfändungs- auch andere Gläubiger berechtigt, an der Pfändung teilzunehmen, damit sie nicht in unbilliger Weise benachteiligt werden. Die analoge Zulassung dieser Anschlusspfändung in der Arrestbetreibung kann m. E. nicht ganz so ohne Bedenken erfolgen, wie dies in der Literatur und Judikatur öfters getan wurde. Denn wie schon wiederholt festgestellt, handelt es sich bei der Arrestbetreibung um eine Spezialexécution, deren Umfang, sofern sie an einem vom ordentlichen Betreibungsstand verschiedenen Arrestort angehoben wird, auf die dort sich befindenden Objekte beschränkt ist. Anderseits jedoch verlangt die Natur der Anschlusspfändung, die eine Art Miniaturkonkurs darstellt, dass die Pfändung nicht nur auf die sich an einem Ort befindenden Gegenstände beschränkt bleibt, sondern dass sie auch weitere, in anderen Betreibungskreisen liegende Vermögensstücke zu erfassen vermag. So wird denn auch in Art. 110 SchKG, wo die Anschlusspfändung ihre Regelung erfahren hat, u. a. bestimmt, dass die Pfändung jeweilen soweit zu ergänzen sei, als dies die Deckung sämtlicher Forderungen der Gläubiger, die sich innerhalb einer bestimmten Frist rechtsgültig anschliessen, erfordere. Es stellt sich nun die Frage, ob dem Schutzbedürfnis des Schuldners, der nicht an einem anderen als dem ordentlichen Betreibungsort für sein ganzes Vermögen belangt werden soll, oder aber den Interessen des Arrest- sowie der Anschlussgläubiger, die für ihre Forderungen möglichst vollständig gedeckt sein wollen, der Vorrang einzuräumen ist. Wie bereits angedeutet, hat man in der Literatur²⁰⁴ und Judikatur²⁰⁵ grundsätzlich zugunsten der letzteren entschieden. Es liesse sich aber auch die entgegengesetzte Meinung vertreten. Unzweifelhaft ist nur, dass keine der beiden Lösungen restlos zu befriedigen vermag. Verneint man die Anschlusspfändung, so bleibt

203) S. 34.

204) Bonnard S. 270; Jud S. 94.

205) BGE 27 I 593 f., 36 III 153, 53 III 35 a. E.; ASchK 8/375 ff..

zwar der Grundsatz, dass der Umfang der Pfändung im oben umschriebenen Sinne ein beschränkter sein soll, unversehrt, aber dem Anschlussrecht der Drittgläubiger wird damit nicht Genüge getan. Bejaht man hingegen das Teilnahmerecht im Sinne von Art. 110, so wird den Interessen der Drittgläubiger zwar Rechnung getragen, aber die spezialexekutorische Natur der Arrestbetreibung, was den Umfang derselben anbelangt, wird preisgegeben. Der radikalen Bejahung der einen oder anderen Lösung wird folglich stets etwas Unbefriedigendes anhaften. Die beste Lösung wird m. E. getroffen, wenn man in der Arrestbetreibung mit gewissen noch anzuführenden Vorbehalten die Anschlusspfändung nach Art. 110 zulässt, und zwar grundsätzlich für alle Gläubiger, gleich ob sie am Arrestort oder an einem anderen Forum ihre Betreibung angehoben haben. Die Zulässigkeit des Teilnahmerechts ist v. a. deshalb zu befürworten, weil der Arrest dem Gläubiger ausser den in Art. 281 Abs. 1 und 2 angeführten kein Vorzugsrecht begründet, und dem Gesetz weder direkt noch indirekt entnommen werden kann, dass die in Art. 110 statuierte Anschlusspfändung in der Arrestbetreibung nicht zur Anwendung gelange. Man könnte höchstens versucht sein, dies daraus abzuleiten, dass in Art. 275 SchKG, wo für den Vollzug des Arrestes auf die Vorschriften der Pfändung verwiesen wird, nur auf die Art. 91 bis 109 ein Hinweis erfolgt, nicht aber auf Art. 110. Diese Tatsache bedeutet jedoch keineswegs, dass der Gesetzgeber die Anschlusspfändung ausschliessen will, sondern lediglich, dass ein Arrestanschluss als unzulässig erachtet wird, denn der fragliche Verweis erfolgt ja nicht hinsichtlich der Pfändung in der Arrestbetreibung, sondern hinsichtlich des Arrestvollzugs. Es soll jedoch durch die Zulässigkeit der Anschlusspfändung gemäss Art. 110 in der Arrestbetreibung die spezialexekutorische Natur der letzteren nicht völlig unberücksichtigt bleiben. Es drängt sich deshalb folgende Unterscheidung auf:

Haben die Anschlussgläubiger ihre Betreibung wie der Arrestgläubiger am Arrestort angehoben, weil sie die betr. Objekte ebenfalls mit Arrest belegen liessen, so bleibt der Umfang einer allenfalls erforderlichen Ergänzungspfändung auf die am Forum arresti liegenden Vermögensstücke beschränkt. In diesem Fall rechtfertigt sich eine Ausdehnung im oben umschriebenen Sinne nicht. Selbstverständlich haben aber die sich anschliessenden Arrestgläubiger das Anschlussrecht nach Art. 281 Abs. 1, so dass sie auch noch nach Ablauf von dreissig Tagen ohne durchgeführtes Einleitungsverfahren teilnehmen²⁰⁶.

Haben hingegen die Anschlussgläubiger ihre Betreibung am ordentlichen Betreibungsort des Schuldners angehoben, so darf sich die Ergänzungspfändung auch auf Vermögensstücke erstrecken, die sich nicht am Forum arresti befinden. In diesem Fall muss der speziellen Natur der Arrestbetreibung, deren Umfang beschränkt ist, keine Rechnung getragen werden, da sich unter den Pfändungsgläubigern zumindestens ein solcher befindet, der seine

206) S. 39 ff..

Betreibung bis zum Pfändungsstadium am ordentlichen Betreibungsstand des Schuldners geführt hat, dann aber ohne sein Verschulden gewissermassen gezwungen wurde, die Pfändung an einem anderen Orte austragen zu lassen. Diese Tatsache berechtigt m. E. die Ergänzungspfändung auch auf andere als die am Arrestort liegenden Vermögensgegenstände auszudehnen, falls dies zur Befriedigung sämtlicher teilnehmenden Gläubiger als notwendig erscheint. Die am Arrestort und anderswo gepfändeten Objekte bilden dabei eine einzige Masse, aus der sowohl die sich binnen der in Art. 110 genannten Frist angemeldeten Anschlussgläubiger, als auch der Arrestgläubiger zu befriedigen sind.

III. Nachdem in den eben gemachten Erörterungen die Zulässigkeit der Anschlusspfändung gemäss Art. 110 grundsätzlich bejaht wurde, fragt es sich nun noch, ob auch die sog. privilegierte Anschlusspfändung nach Art. 111 SchKG in der Arrestbetreibung zulässig sei oder nicht. Bekanntlich lässt die erwähnte Gesetzesbestimmung bestimmte Personen (Ehegatte, Kinder, Mündel und Verbeiständete), die in der Regel ihre familienrechtlichen Forderungen gegenüber dem Schuldner infolge des persönlichen Verhältnisses zu diesem nicht vor der Pfändung geltend machen können, ohne vorgängige Anhebung der Betreibung binnen vierzig Tagen unter gewissen Voraussetzungen anschliessen²⁰⁷.

Die Zulässigkeit dieser privilegierten Anschlusspfändung bei der am Arrestort stattfindenden Betreibung wurde v. a. in der älteren Rechtsprechung²⁰⁸ in vorwiegendem Masse verneint mit der Begründung, dass eine solche Teilnahme nur dann zuzulassen sei, wenn die Forderungen dieser privilegierten Gläubiger wirklich gefährdet seien, was jedoch bei der Betreibung am Arrestort, die nur eine partielle Pfändung ermögliche, nicht der Fall sei. Tatsächlich ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte²⁰⁹ des Art. 111 SchKG, dass das Teilnahmerecht den privilegierten Gläubigern nur dann zu gewähren ist, wenn die betr. Pfändung den Verlust des ganzen Vermögens des Schuldners zu erwirken vermag. Gestützt auf diese Tatsache hat auch das Bundesgericht²¹⁰ in einem Entscheid festgehalten, dass sich die Teilnahme für die oft noch nicht einmal fälligen Forderungen aus familienrechtlichen Verhältnissen nur bei solchen Betreibungen rechtfertigen lasse, welche die Liquidation des ganzen Schuldnervermögens zur Folge haben können, soweit sich dieses in der Schweiz befinde.

Allein dies will noch nicht bedeuten, dass die privilegierte Anschlusspfändung in der Arrestbetreibung schlechthin ausgeschlossen sein soll. Wie bereits bei den Ausführungen über das ordentliche Anschlussrecht erwähnt

207) Vgl. Raggenbass S. 16 ff..

208) So ASchK 4/27 f.; BIZR 2/335 (=RSchK 3/118), 7/259 1. Entscheid, 8/236 Spalte links.

209) Vgl. dazu ASchK 4/28 f. Anm. der Red., wo dies in zutreffender, wenn auch nur indirekter Weise bewiesen wird; ferner Reichel Art. 111 N. 1; Raggenbass S. 11.

210) BGE 53 III 34 (=Pra 16/157 ff.).

wurde²¹¹, dürfen örtlich unbeschränkte Ergänzungspfändungen auch bei Arrestbetreibungen, die am Forum arresti angehoben wurden, stattfinden, vorausgesetzt, dass sich ihr Gläubiger anschliessen, die am ordentlichen Betreibungsstand des Schuldners ihre Betreibung eingeleitet haben. In einem solchen Fall aber besteht durchaus die Gefahr, dass praktisch alle Aktiven des Schuldners in der Pfändung aufgezehrt werden, so dass hier die Teilnahme der privilegierten Gläubiger als gerechtfertigt erscheint. Zu verneinen ist jedoch die Anschlusspfändung nach Art. 111, falls sich die Pfändung und allfällige Ergänzungspfändung auf die sich am Arrestort befindenden Vermögensstücke beschränkt. Wollte man hier die privilegierte Anschlusspfändung zulassen, so wäre die betr. Pfändung für die übrigen Gläubiger oft wertlos. Dieser Ansicht scheint grundsätzlich auch die bundesgerichtliche Praxis²¹² zu sein, welche die privilegierte Anschlusspfändung nur dann zulässt, falls der Schuldner in der Schweiz wohnt. In zutreffender Weise wird vom Bundesgericht auch auf die negativen Seiten dieser Lösung hingewiesen, die namentlich darin bestehen, dass sich die privilegierten Gläubiger im Falle, wo sich der grösste Teil oder sogar das ganze Vermögen eines im Ausland domilizierten Schuldners am schweizerischen Arrestort befindet, der Pfändung nicht anschliessen können. Allein diese Ausnahmefälle berechtigen an und für sich noch nicht zur Preisgabe der eben angeführten Grundsätze²¹³.

§ 17. Die Verwertung

Die Vornahme der Pfändung öffnet den Weg zur Verwertung. Wie in der ordentlichen Betreibung findet diese aber nur auf ein weiteres Begehren, sog. Verwertungsbegehren, hin statt. Bei Vorhandensein mehrerer Gläubiger kann grundsätzlich jeder Teilnehmer innerhalb einer Gruppe die Verwertung verlangen, sofern sein Pfändungsrecht ein definitives ist. Nicht dazu berechtigt sind folglich namentlich die Arrestgläubiger, die gemäss Art. 281 Abs. 1 SchKG von Gesetzes wegen an der Pfändung teilnehmen, aber noch nicht das definitive Pfändungsrecht erlangt haben.

Eine besondere Befristung zur Stellung des Begehrens drängt sich nicht auf; es gelten folglich die Bestimmungen, die für die ordentliche Betreibung massgebend sind. Dasselbe gilt für die Folgen der Unterlassung, die Form und die Wirkung des Begehrens. Auch für die Verwertung als solche kann auf die entsprechenden Vorschriften der ordentlichen Betreibung verwiesen werden²¹⁴.

211) Vgl. S. 42 f..

212) BGE 36 I 152 ff. (= MSchK 3/197 ff.), 53 III 34 ff. (= Pra 16/157 ff.), 56 III 170 f. (= Ra Pra 19/495 ff.) so auch BIZR 7/259 f. 2. Entscheid, 26/249 ff.; a. M. Bonnard S. 273 f..

213) Vgl. dazu BGE 53 III 36 ff. und 63 III 143 f., wo die im erst zitierten Entscheid angeführten Motive teilweise widerlegt, die Auffassung als solche aber nicht preisgegeben wird; sowie BIZR 39/163 Spalte links.

214) Vgl. dazu Art. 116 ff. SchKG; v. Overbeck S. 93 ff.; Blumenstein S. 417 ff.; Jaeger und Jaeger/Daeniker zu Art. 116 ff.; Favre S. 197 ff.; Fritzsche S. 232 ff..

§ 18. Die Verteilung

I. Nachdem alle in einer Pfändung enthaltenen Vermögensobjekte verwertet sind, erfolgt die Verteilung derselben von Amtes wegen. Falls das Pfändungsrecht eines Arrestgläubigers noch kein definitives ist, so werden die auf seinen Anspruch entfallenden Beträge gemäss Art. 144 Abs. 5 SchKG bei der Depositanstalt so lange hinterlegt, bis das Anschlussrecht zu einem definitiven wird oder dahinfällt. Im letzteren Fall wird der frei werdende Betrag nicht vorbehaltlos dem Schuldner zurückerstattet, sondern dient zunächst der Deckung der noch nicht vollständig befriedigten Pfändungsgläubiger.

Was die Beteiligung der Gläubiger, den Kollokationsplan und die Reihenfolge der Verteilung anbelangt, so verhalten sich die Dinge mit Ausnahme des sog. Kostenprivilegs gemäss Art. 281 Abs. 2 SchKG gleich wie bei der ordentlichen Betreibung²¹⁵.

II. Das eben angetönte Kostenprivileg besteht darin, dass der Arrestgläubiger die vom Arrest herrührenden Kosten aus dem Erlös der Arrestgegenstände vorwegnehmen darf. Diese kommen folglich in der Reihenfolge unmittelbar hinter die Verwertungs- und Verteilungskosten zu stehen. Dieses Recht steht selbstverständlich einem Arrestgläubiger nur zu, wenn der Arrest im Zeitpunkt, wo das definitive Pfändungsbegehren gestellt werden kann, noch zu Recht besteht, also nicht dahingefallen oder aufgehoben worden ist. In den letzteren beiden Fällen muss der Arrestgläubiger selber für die Kosten aufkommen. Das Kostenprivileg gilt auch dann, wenn der Arrest auf Objekte erwirkt wurde, die bereits gepfändet oder arrestiert wurden. Aus Art. 281 Abs. 2 SchKG lässt sich keine dahingehende Einschränkung ableiten. Der Wortlaut des Gesetzes ist in dieser Hinsicht klar und eindeutig.

Zu den Arrestkosten gehören die Kosten der Arrestbewilligung und des Arrestvollzugs nicht aber diejenigen der Arrestbetreibung und des Arrestforderungsprozesses, die mit dem Arrest nur insofern in Zusammenhang stehen, als sie für dessen Aufrechterhaltung vorausgesetzt sind. Sie bilden nicht einen Teil des Arrestes, sondern den Gegenstand der Arrestprosequeution. Umstritten ist, ob die Kosten eines zugunsten des Gläubigers endigenden Arrestaufhebungsprozesses unter Art. 281 Abs. 2 SchKG fallen. Dafür sind namentlich Reichel²¹⁶, Blumenstein²¹⁷, Bonnard²¹⁸ sowie in einem älteren Entscheid die bernische Aufsichtsbehörde²¹⁹, dagegen gestützt auf Jaeger²²⁰ das Bundesgericht²²¹ mit der Begründung, dass ansonst die all-

215) Vgl. dazu Art. 144 ff.; v. Overbecks S. 116 ff.; Blumenstein S. 480 ff.; Jaeger und Jaeger/Daeniker zu Art. 144 ff.; Favre S. 215 ff.; Fritzsche S. 269 ff..

216) Art. 281 N. 4.

217) S. 851.

218) S. 179.

219) MSchK 1/212 f. (= ASchK 12/60 ff.).

220) Art. 281 N. 5.

221) BGE 73 III 135.

fälligen Kosten eines Arrestaufhebungsprozesses auch bei der Bemessung des Arrestsubstrates berücksichtigt werden müssten, dies aber mit der eventuellen Arrestkautionspflicht des Gläubigers unvereinbar wäre, ferner es sich nicht einwandfrei rechtfertigen liesse, dem Gläubiger für solche noch ungewisse und schwer bestimmbare zukünftige Prozesskosten einen Arrest zu gestatten, und schliesslich seien eben die Arrestaufhebungskosten Prozesskosten. Diese Erwägungen des Bundesgerichts lassen sich zwar hören, vermögen jedoch m. E. nicht restlos zu befriedigen, denn sie tragen der Tatsache, dass die durch den Arrestaufhebungsprozess verursachten Kosten doch — im Sinne von Art. 281 Abs. 2 — vom Arrest herrühren, da ja der Gläubiger im fraglichen Prozess nichts anderes als die bestrittene Arrestmässigkeit nachweisen muss.

III. Eine Nachpfändung gemäss Art. 145 SchKG ist grundsätzlich auch in der Arrestbetreibung möglich, wobei sie allerdings auf die am Arrestort gelegenen Vermögensobjekte beschränkt bleiben muss, wenn dies für die ordentliche und die allfällige Ergänzungspfändung der Fall war.

IV. In der ordentlichen Berteibung auf Pfändung erhält gemäss Art. 149 Abs. 1 SchKG jeder nicht oder nicht gänzlich befriedigte Gläubiger für die ungedeckte bzw. den ungedeckten Teil seiner Forderung von Amtes wegen einen Verlustschein, durch welchen ihm ein künftiges Vorgehen gegen den Schuldner auf dem Zwangsvollstreckungsweg beträchtlich erleichtert wird. U. a. setzt die Ausstellung einer solchen Urkunde voraus, dass der Schuldner zur Zeit der Ausstellung kein durch das Betreibungsamt erreichbares und pfändbares Vermögen mehr besitzt. Dass dem so ist, ergibt sich einerseits daraus, dass laut Art. 158 SchKG dem Pfandgläubiger nach stattgefundener Pfandverwertung für den allfällig ungedeckten Teil seiner Forderung kein Verlustschein, sondern nur ein sog. Pfandausfallschein ausgestellt wird, dessen Wirkungen bedeutend weniger weit reichen. Andererseits beweist aber auch die Tatsache, dass der Verlustschein zur Anhebung der Anfechtungsklage gemäss Art. 285 SchKG berechtigt, die bekanntlich gegen das Vermögen eines Dritten, des sog. Anfechtungsbeklagten, gerichtet ist, dass keine liquidierbaren Aktiven des Schuldners mehr vorliegen dürfen.

Aus dem eben Angeführten folgt nun zwangsläufig, dass im Falle, wo die Arrestbetreibung auf die Verwertung der am Arrestort sich befindenden Vermögensobjekte beschränkt ist, die Ausstellung eines Verlustscheins als unmöglich erscheint, da hier in der Regel nicht das ganze exekutierbare Vermögen des Schuldners erfasst wird. Diese Auffassung entspricht einer konstanten Praxis²²², der sich auch die Lehre²²³ angeschlossen hat. Das Bundesgericht ist dabei sogar noch einen Schritt weitergegangen und hat bestimmt, dass selbst dann, wenn der Gläubiger zum Beweise schreiten wolle, dass der Schuldner keine der Zwangsvollstreckung unterliegenden Aktiven

222) BGE 73 III 27, 56 III 172, 34 I 405 f. (= ASchK 12/317 ff. = MSchK 3/207 f.), 30 I 211; BIZR 6/259.

223) Jaeger Art. 52 N. 3, Art. 149 N. 1; Blumenstein S. 854 F.-N. 84; Bonnard S. 275; Jud S. 95 f.; ferne Anw OGer Z. 365.

mehr besitze, kein Verlustschein ausgestellt werden dürfe²²⁴. Abgelehnt wurde auch die Ausstellung einer dem Pfandausfallschein analoge Bescheinigung, die in einem späteren Zeitpunkt zur Fortsetzung der Betreibung ohne Erwirkung eines neuen Zahlungsbefehls ermächtigen würde, und zwar mit der Begründung, dass einerseits dies mit den Bestimmungen des Arrestverfahrens, wonach es zur Prosequierung in der Regel eines Zahlungsbefehls bedürfe, in Widerspruch stehen würde, anderseits dem Gläubiger stets die Möglichkeit gegeben sei, eine neue Arrestnahme zu begehren, falls er innerhalb der Schweiz von neuen Aktiven des Schuldners Kenntnis erhalte²²⁵.

Das Verbot der Ausstellung eines Verlustscheins gilt namentlich auch im Falle, wo der Schuldner in der Schweiz keinen Wohnsitz hat, d. h. beim sog. Ausländerarrest. Hier soll der Schuldner ebenfalls zunächst an seinem ordentlichen Betreibungsort belangt werden, bevor ein Verlustschein ausgestellt wird²²⁶.

Der Ausstellung eines Verlustscheins steht jedoch nichts entgegen, wenn sich die Pfändung nicht auf die am Arrestort gelegenen Vermögensobjekte beschränkt²²⁷, sondern grundsätzlich alle durch das betr. Betreibungsamt erreichbaren und pfändbaren Gegenstände zu erfassen vermag, m. a. W. eine Generalliquidation als möglich erscheint. In diesem Falle gilt dann hinsichtlich des Inhalts und der betreibungs- sowie zivilrechtlichen Wirkungen des Verlustscheins dasselbe wie bei der ordentlichen Betreibung auf Pfändung²²⁸.

V. Falls der bezw. die Gläubiger in der Arrestbetreibung vollständig befriedigt werden, so hat er bezw. haben sie laut Art. 150 SchKG die Forderungsurkunde mit einer Quittung versehen dem Betreibungsamt auszuhändigen, das sie dem Schuldner weitergibt. Bei nur teilweiser Befriedigung erfolgt keine Aushändigung, sondern nur eine entsprechende Abschreibung auf der Urkunde²²⁹.

3. Unterabschnitt

DIE BETREIBUNG AUF PFANDVERWERTUNG

§ 19. *Die Zulässigkeit des Arrestes für den ungedeckten Teil einer pfandversicherten Forderung*

I. Bekanntlich greift die Betreibung auf Pfandverwertung in der Regel — und zwar auch gegen den der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner — dann Platz, wenn die zu befriedigende Forderung pfandversichert

224) BGE 31 I 373 (=RSchK 5/315 ff.).

225) BGE 47 III 30 E. 3 (=Pra 10/218 f.).

226) BGE 47 III 28 ff. (=Pra 10/217 f.).

227) BGE 55 III 34; BIZR 41/339; RSchK 9/120 ff..

228) Vgl. dazu v. Overbeck S. 122 ff.; Blumenstein S. 498 ff.; Leemann, Verlustschein a.a.O.; Lienhart a.a.O.; Favre S. 221 ff.; ders., acte de défaut de biens.

229) Vgl. dazu v. Overbeck S. 126; Blumenstein S. 504 f..

ist²³⁰. Da aber gemäss Art. 271 SchKG die Arrestnahme für eine Forderung nur dann als möglich erscheint, falls dieselbe nicht pfandgedeckt, also nicht bereits durch ein anderes Schutzmittel sichergestellt ist, wird die Frage, ob der Arrest gegebenenfalls auch durch eine Betreibung auf Pfandverwertung zu prosequieren sei, praktisch nie aktuell werden.

II. Davon gibt es jedoch eine wichtige Ausnahme. In der Lehre²³¹ und Praxis²³² wird nämlich angenommen, dass grundsätzlich auch für den durch das Pfand nicht gedeckt erscheinenden Teil der Forderung²³³ eines Pfandgläubigers die Auswirkung eines Arrestes möglich sei²³⁴, da aus Art. 271 nur hervorgehe, dass für eine durch Pfand gedeckte Forderung die Arrestnahme als unzulässig erscheine, nicht aber für jede pfandversicherte Forderung schlechthin. Diese Auffassung trifft sicherlich zu. Dass dem so ist, ergibt sich schon aus der Tatsache, dass der in der Vorl I 1888 Art. 209 Abs. 1 vorgesehene Ausdruck „für eine pfandversicherte Forderung“ im Entw 1888 Art. 271 Abs. 1 fallen gelassen und durch die Bezeichnung „für eine Forderung, soweit dieselbe nicht durch ein Pfand gedeckt ist“ ersetzt wurde.

§ 20. Die Prosequierung des Arrestes für den ungedeckten Teil einer pfandversicherten Forderung

I. Was nun die Prosequierung eines Arrestes für den von der Arrestbehörde als ungedeckt eingeschätzten Teil einer pfandversicherten Forderung anbelangt, so hat namentlich das Bundesgericht festgestellt²³⁵, dass sie zunächst auf dem Wege der Betreibung auf Pfandverwertung zu erfolgen habe, da ansonst bei deren Prosequierung durch die Betreibung auf Pfändung oder Konkurs eine unerwünschte Ausdehnung erfolgen könnte, bevor überhaupt feststehe, ob sich aus dem angeblich ungedeckten Pfand doch nicht ein Erlös gewinnen lasse, der die Pfandforderung zu decken vermöge mindestens in einem höheren als dem von der Arrestbehörde angenommenen Betrage.

Eine gegenteilige Auffassung vertreten Bonnard²³⁶ und Keller²³⁷. Sie befürworten die unverzügliche Zulässigkeit der ordentlichen Betreibung auf Pfändung bzw. Konkurs und lehnen die Spezialexécution auf Pfandver-

230) Vgl. Art. 41 SchKG.

231) Ott S. 50; Martin S. 291; Reichel Art. 271 N. 4; Jud S. 9 f.; Jaeger Art. 271 N. 4; a. M. Blumenstein S. 830.

232) BGE 50 III 131 (=Pra 13/414 ff.); BlZR 1/240, 2/78, 9/112 E. 1, 13/376; HE 20/303; Semjud 15/743 ff.; RSchK 1/60.

233) Und bei Umstrittenheit des Pfandrechts für den ganzen Betrag derselben.

234) Eine Ausnahme machen wohl die Gült und die übrigen Grundlasten, da hier der Gläubiger lediglich aus dem Werte des Grundstücks selbst befriedigt werden kann. Vgl. Art. 158 Abs. 2 SchKG und Art. 847 Abs. 3, 791 Abs. 1 ZGB.

235) BGE 53 III 21 ff. E. 3 (=Pra 16/119 ff.); siehe auch BlZR 12/350.

236) S. 281 ff..

237) in MSchK 4/145 ff. Anm. der Red..

wertung ab, wobei hinzuzufügen bleibt, dass sie der erstgenannte Autor dann als zulässig betrachtet, falls sich die arrestierten und pfandversicherten Objekte am gleichen Ort befinden. Ihre Argumente vermögen jedoch m. E. nicht restlos zu überzeugen.

Dass es sich bei der Arrestbetreibung — wie Keller behauptet — grundsätzlich um eine Betreibung für eine laufende Forderung handelt, die nach Art. 280 SchKG auf dem Wege der Pfändung oder des Konkurses fortgesetzt werden muss, bedeutet noch nicht, dass die Betreibung auf Pfandverwertung unter allen Umständen ausgeschlossen ist. Die eben erwähnte Gesetzesbestimmung bezweckt lediglich, ausdrücklich festzuhalten, dass der Arrestschuldner sowohl der Betreibung auf Pfändung als auch des Konkurses unterliegt, m. a. W., dass eine Generalliquidation des schuldnerischen Vermögens grundsätzlich auch in der Arrestbetreibung als zulässig erscheint. Ferner ist zu bemerken, dass der die Arrestnahme für den scheinbar ungedeckten Teil einer pfandversicherten Forderung ermöglichende Wortlaut des Art. 271 — wie bereits angedeutet — erst durch den Entw 1888 eingeführt, die die Prosequierung des Arrestes betr. Artikel jedoch dieser nachträglichen Änderung nicht angepasst wurden²³⁸.

Die beiden Autoren machen für die Richtigkeit ihrer Auffassung sodann geltend, dass das Gesetz sowohl für die Betreibung einer pfandversicherten als auch für diejenige einer durch Arrest gesicherten Forderung in Art. 51 bzw. 52 SchKG besondere Betreibungsorte vorsehe, somit man vor ein Dilemma zu stehen komme, falls man die Zulässigkeit der Betreibung auf Pfandverwertung bejahe. Dieses angebliche Dilemma lässt sich dadurch erklären, dass auch Art. 52 mit dem während der redaktionellen Bereinigung abgeänderten Art. 271 nicht in Einklang gebracht wurde. Dies bildet jedoch ebenfalls keinen Grund, die Zulässigkeit der Betreibung auf Pfandverwertung abzulehnen. Vielmehr ist in einem solchen Fall die Betreibung am Orte des Pfandobjektes durchzuführen, wenn es sich um eine grundversicherte Forderung, und wahlweise am eben genannten oder am ordentlichen Betreibungsort des Schuldners, falls es sich um eine mit Faustpfand gesicherte Forderung handelt. Die Bevorzugung des in Art. 51 vorgesehenen Gerichtsstandes gegenüber dem in Art. 52 vorgesehenen, rechtfertigt sich schon deshalb, weil der als ungedeckt erscheinende Teil der pfandversicherten Forderung, für den ein Arrest ausgewirkt wurde, zunächst als Teil der ganzen Forderung unter die Gerichtsstandbestimmung des Art. 51 fällt. Aus den Wendungen „Haftet für eine Forderung ein Faustpfand“ und „Für grundversicherte Forderungen“ ergibt sich einwandfrei, dass unter diesen Gesetzesartikel nicht nur die gedeckten, sondern auch die ungedeckten Teile einer pfandversicherten Forderung fallen, also die ganze pfandversicherte Forderung schlechthin. Diese hier vertretene Ansicht auf den ersten Blick der Gerichtsstandsklausel des Art. 52 nicht genügend Rechnung zu tragen. Allein wie bereits bei der Erörterung des Arrestortes fest-

238) Vgl. Jud S. 98.

gehalten wurde, vertritt auch die neue Praxis des Bundesgerichts²³⁹ die Meinung, dass das SchKG nicht schlechthin ein Auseinanderfallen von Arrest- und Betreibungsort verpönt, wenn dies als geboten erscheint, wie im vorliegenden Fall, wo es v. a. darum geht, die Interessen des Schuldners zu wahren, indem verhindert wird, dass die Betreibung nicht in ungerechtfertigter Weise ausgedehnt wird und allenfalls sogar in einen Konkurs auswächst.

Ferner erscheint auch die Einwendung Kellers, der Arrest wolle die Exekution für eine Forderung und nicht die Realisierung eines Pfandes sichern, nicht stichhaltig dafür, dass der für den ungedeckten Teil einer pfandversicherten Forderung erwirkte Arrest durch die ordentliche und nicht durch die Betreibung auf Pfandverwertung prosequiert werden muss. Diese Einwendung deutet höchstens auf die Problematik der Zulässigkeit eines Arrestes für einen bloss voraussichtlichen, also noch keineswegs feststehenden Ausfall hin.

Auch seine übrigen Argumente vermögen m. E. nicht genügend zu überzeugen. Sie lassen sich teilweise mit den bereits angeführten Erwägungen entkräften oder sind ohnehin zu wenig stichhaltig, um die für die Betreibung auf Pfandverwertung sprechenden Momente abzuschwächen.

II. Die Interessen des Schuldners verlangen es, dass auch bei der Prosequierung des Arrestes durch Betreibung auf Pfandverwertung der Natur des Arrestes als einer provisorischen Sicherungsmassnahme, die in einem summarischen Verfahren ohne vorherige Berücksichtigung allfälliger Einreden des Schuldners erfolgt, Rechnung getragen wird. Der Gläubiger hat folglich auch hier die Prosequierungsvorschriften zu beachten, also namentlich binnen zehn Tagen nach Zustellung der Arresturkunde die Betreibung auf Pfandverwertung anzuheben, sofern dies nicht bereits geschehen ist, und binnen derselben Frist die ersten Schritte zur Beseitigung eines allfällig erhobenen Rechtsvorschlags zu unternehmen.

Abgesehen von diesen speziell für die Arrestbetreibung geltenden Grundsätzen verhalten sich die Dinge wie bei der gewöhnlichen Betreibung auf Pfandverwertung²⁴⁰.

III. Was nun speziell die für den ungedeckten Teil der Forderung arrestierten Gegenstände anbelangt, so dürfen diese erst nach Ausstellung eines allfälligen Pfandausfallscheins gepfändet werden. Bis dahin bleiben die Arrestobjekte verarrestiert, und der Gläubiger ist nicht befugt, das Pfändungs- bzw. Konkursbegehren zu stellen. Dies scheint — wie Keller annimmt — auf den ersten Blick gegen Art. 278 Abs. 1 zu verstossen, wonach der Gläubiger binnen zehn Tagen nach Zustellung der Arresturkunde für die arrestierten Objekte die Betreibung anzuheben hat. Allein im vorliegenden Fall rechtfertigt sich eine Abweichung von diesem Grundsatz,

239) BGE 77 III 128 ff.; vgl. auch BGE 38 I 278 f. E. 3, 35 I 274 E. 2; sowie vorn S. 11.

240) Vgl. Art. 151 ff.; v. Overbeck S. 126 ff.; Blumenstein S. 505 ff.; Brand in SJK K. 991, S. 1 ff.; Favre S. 223 f.; Fritzsche S. 283 ff..

weil ja bis zum Abschluss der Verteilung des aus der Verwertung der Pfandobjekte sich ergebenden Erlöses noch nicht feststeht, ob bzw. wieweit eine Deckung des Gläubigers aus den Arrestobjekten als erforderlich erscheint. Es ist dies ein ähnlicher Sachverhalt wie bei der gewöhnlichen Arrestbetreibung, wo die Pfändung der arrestierten Gegenstände auch erst nach der endgültigen Abklärung der Forderungsverhältnisse vorgenommen werden darf.

IV. Der Pfandgläubiger, der sich für den ungedeckt erscheinenden Teil seiner Forderung einen Arrest erwirkt hat, geniesst ebenfalls das provisorische Anschlussrecht nach Art. 281 Abs. 1. Er erscheint jedoch — wie das Bundesgericht richtig festgestellt hat —²⁴¹ nicht als berechtigt, ein weitergehendes Teilnahmerecht am Erlös der Arrestgegenstände geltend zu machen, falls sich nachträglich herausstellt, dass der Erlös aus dem Pfandrecht kleiner ist, als bei der Arrestnahme angenommen wurde.

Das Kostenprivileg nach Art. 281 Abs. 2 SchKG steht dem Arrestgläubiger selbstverständlich auch hier zu.

4. Unterabschnitt

DIE BETREIBUNG AUF KONKURS

Falls es sich beim Arrestschuldner um eine der Konkursbetreibung unterliegende Person handelt, so wird die Arrestbetreibung auf diesem Wege fortgesetzt. Dies ergibt sich ausdrücklich aus Art. 280 und 52 SchKG. Es verhält sich also keineswegs so, dass eine Generalexekution zur Prosequierung als ausgeschlossen erscheint.

§ 21. Die ordentliche Konkursbetreibung

I. Für die Pflicht zur Anhebung, das Einleitungsverfahren sowie für die Opposition gelten die gleichen Grundsätze wie bei der bereits erörterten Betreibung auf Pfändung, so dass an dieser Stelle auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen werden kann²⁴². Eine Abweichung tritt erst vom Stadium des Fortsetzungsbegehrens an ein.

II. Hinsichtlich des Betreibungsortes hat dies zur Folge, dass die der Konkursandrohung vorausgehenden Betreibungshandlungen in der Regel am Arrestort vor sich gehen, vorausgesetzt, dass die Betreibung dort angehoben wurde²⁴³. Darauf beschränkt sich aber in der Konkursbetreibung die Wirkung des *forum arresti*. Im übrigen hat nach Art. 52 SchKG die Konkursbetreibung nur da zu erfolgen, wo ordentlicherweise die Betreibung stattzufinden hat²⁴⁴, was sich angesichts der Einheit und Allgemeinheit

241) BGE 50 III 131 f. (=Pra 13/414 ff.).

242) Vgl. S. 10 ff..

243) Siehe Reichel Art. 52 N. 1; BGE 25 I 41.

244) Art. 46 ff. SchKG.

dieser Exekution erklären lässt. Ausgeschlossen am Forum arresti, vorausgesetzt, dass dieses nicht mit dem ordentlichen Betreibungsstand des Schuldners zusammenfällt, ist deshalb insbesondere auch eine Insolvenzerklärung des Schuldners gemäss Art. 190 SchKG.

In Abweichung von diesem Grundsatz wäre die Durchführung des Konkurses am Arrestort in zwei Fällen denkbar.

So einmal hinsichtlich den im Ausland domilizierten Schuldern, die in der Schweiz weder einen ordentlichen Betreibungsort noch eine Geschäftsniederlassung besitzen, jedoch im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind. Brüstlein in seiner Eigenschaft als ehemaliger Redaktor des ASchK²⁴⁵ führt diesbezüglich aus, Art. 52 Satz 2 sei auf den Fall beschränkt, wo ein solcher ordentlicher Betreibungsort in der Schweiz bestehe, man habe damit lediglich die Konkurrenz mehrerer Konkursgerichtsstände in der Schweiz vermeiden wollen. In Fällen aber, wo der Schuldner zwar im schweizerischen Handelsregister eingetragen sei, aber in der Schweiz keinen ordentlichen Betreibungsort besitze, habe der Gesetzgeber durch jenen Satz den Konkurs am Arrestort gewiss nicht ausschliessen wollen²⁴⁶. M. E. treffen diese Erwägungen nicht ganz zu, denn bei der Regelung von Art. 52 Satz 2 hat der Gesetzgeber sicher nicht nur die Vermeidung der Konkurrenz mehrerer Konkursgerichtsstände im Auge gehabt, sondern zweifelsohne auch dem Wesen und der Natur der Konkursbetreibung Rechnung tragen wollen. Ferner ist zu bemerken, dass falls der Schuldner im Ausland wohnt, vom schweizerischen Standpunkt aus kein Interesse an der gleichmässigen Behandlung aller Gläubiger besteht, wie dies Brüstlein annimmt, sondern im Gegenteil ein Interesse daran, dass den schweizerischen Gläubigern ermöglicht wird, das bzw. die in der Schweiz liegenden Vermögensobjekte ausschliesslich zu ihren Gunsten verwerten zu lassen. Würde man aber den Konkurs am Arrestort bejahen, so wären insbesondere auch alle ausländischen Gläubiger zur Teilnahme an der Liquidation berechtigt. Andererseits wäre aber die Liquidation insofern keine generelle, wie sie der Zweck des Konkurses verlangt, als höchstens alle in der Schweiz liegenden, nicht aber die sich im Ausland — v. a. am Wohnort des Schuldners — befindenden Vermögensobjekte in die Konkursmasse einbezogen werden könnten. Denn die inländischen Vollstreckungsbehörden dürfen grundsätzlich nur auf Vermögen greifen, das in der Schweiz liegt; es gilt m. a. W. in der Regel das Territorialitäts- nicht das Universalitätsprinzip (*tot territoria tot patrimonia*). Im Ausland liegende Güter könnten nur dann in einen schweizerischen Konkurs einbezogen werden, falls dies das betr. ausländische Recht gestatten würde, was jedoch mangels eines Gegenrechts nicht häufig der Fall sein wird, da grundsätzlich in der Schweiz liegende Aktiven nicht an eine ausländische Konkursmasse ausgeliefert werden²⁴⁷.

245) ASchK 1/69 F.-N. 1, 3/5 F.-N. 1.

246) G. M. Ott S. 113; Bonnard S. 186 und 277 f.

247) Vgl. Guldener, IZPR S. 179 und F.-N. 3 daselbst; Meili, Staatsverträge S. 18 f. und 82 ff.; Escher S. 123 f.

Die schweizerische Gesetzgebung kennt keine Vorschrift, wonach die Einheit des Konkurses auch gegenüber fremden Staaten gelten würde. Art. 197 SchKG, an den man denken könnte, besitzt keine internationale Geltung²⁴⁸. Mit all dem will gesagt sein, dass im Falle, wo der Schuldner zwar im schweizerischen Handelsregister eingetragen ist, aber in der Schweiz keinen ordentlichen Betreibungsstand besitzt, am Arrestort nicht auf Konkurs sondern nur auf Pfändung betrieben werden soll. Diese Regelung steht nicht in Widerspruch zu Art. 39 SchKG, denn aus der teleologischen Interpretation dieser Bestimmung ergibt sich geradezu zwangsläufig, dass sie nur auf den Schuldner Anwendung findet, der in der Schweiz über einen ordentlichen Betreibungsstand verfügt²⁴⁹.

Eine besondere Regelung besteht mit Frankreich. Gemäss Art. 6 des Gerichtstandvertrags gilt der Grundsatz der Universalität des Konkurses. Der Konkurs über einen Franzosen, der in der Schweiz ein Handelsgeschäft besitzt, kann vom Gericht seines Wohnsitzes in der Schweiz eröffnet werden und umgekehrt. Das Universalitätsprinzip wird im genannten Art. 6 des Vertrags zwar nicht ausdrücklich erwähnt, dadurch aber, dass der Richter des Wohnsitzes des Schuldners als zuständig erklärt wird, kommt die Absicht, es zuzulassen, eindeutig zur Geltung²⁵⁰.

Die Frage der Durchführung des Konkurses am Arrestort stellt sich noch im Falle, wo der Aufenthaltsort des Schuldners unbekannt ist. Hier muss man wohl die Zulässigkeit bejahen, wenn innerhalb der Schweiz kein anderer Betreibungsstand mehr besteht, und die Konkursöffnung gestützt auf Art. 190 Z. 1 SchKG begehrt wird²⁵¹.

In allen übrigen Fällen jedoch ist der Konkurs am Arrestort unstatthaft, und eine an diesem Ort zu Unrecht erfolgende Konkursdrohung hat die Aufsichtsbehörde von Amtes wegen aufzuheben, da sie eine nichtige Betreibungshandlung darstellt²⁵².

248) Siehe BGE 23 II 1288.

249) G. M. BGE 59 III 175 ff. (=Pra 22/299 ff.).

250) Siehe Meili S. 261 ff.; Botsch BR 1869 a.a.O. S. 494 ff. Das Prinzip der Einheit des Konkurses war grundsätzlich schon in der Übereinkunft der Schweizerischen Eidgenossenschaft mit der Krone Württemberg betr. die Konkursverhältnisse und gleiche Behandlung der beidseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen vom 12. Dezember 1825 und 13. Mai 1826 (OS 2/136 ff.) vorgesehen. Die übrigen Staatsverträge mit den deutschen Staaten Baden (Übereinkunft betr. das gegenseitige Konkursrecht vom 7. und 9. Juli 1808, OS 1/390 ff., 2/62), Bayern (Übereinkunft über gleichmässige Behandlung der gegenseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen vom 27. Juni 1834 und 11. Mai 1834, OS 2/328 ff.) und Sachsen (Übereinkunft über gleichmässige Behandlung der gegenseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen vom 4. Februar 1837 und 18. Februar 1837, OS 3/49 ff.) gehen hingegen nicht soweit und begnügen sich mit der allgemeinen Gleichstellung der Ausländer mit den Einheimischen. Dies gilt auch für den Niederlassungs- und Konsularvertrag mit Italien vom 22. Juli 1868 (AS a. F. 9/706 ff.). Über die Geltung, näheren Inhalt usw. der genannten Verträge vgl. Meili S. 246 ff., 258 ff.; ders., Staatsverträge S. 25 ff., 35 ff.; Roquin S. 728.

251) G. M. Jaeger Art. 52 N. 7; a. M. Blumenstein S. 597.

252) Jaeger Art. 52 N. 7 a. E..

III. Was nun die Betreibung vom Konkursandrohungsbegehren bis zur Konkurseröffnung und von da an die materiell- und formellrechtlichen Wirkungen des Konkurses (materielles und formelles Konkursrecht) anbelangt, so bedarf es hier nicht einer besonderen diesbezüglichen Darstellung, weil der Sachverhalt grundsätzlich der gleiche ist wie im Falle, wo keine Arrestnahme von bestimmten Vermögensobjekten erfolgte, d. h. wie bei der gewöhnlichen Konkursbetreibung²⁵³ und deren materiell- und formellrechtlichen Wirkungen²⁵⁴. Insbesondere ist auch hier der Gläubiger nicht gehalten, binnen einer besonderen Frist das Konkursbegehren zu stellen, sondern dieses Recht erlischt erst ein Jahr nach der Zustellung des Zahlungsbefehls (Art. 166 SchKG).

Die Stellung des Arrestgläubigers in der Konkursbetreibung ist folglich keine privilegierte. Die verarrestierten Vermögensobjekte werden zur Konkursmasse gezogen. Der Wert der Arrestnahme gegen einen der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner ist somit ein geringer.

Zu den beiden in Art. 281 Abs. 1 und 2 SchKG vorgesehenen Privilegien bleibt noch zu bemerken, dass ein provisorisches Anschlussrecht hier selbstverständlich nicht in Frage kommt. Der auf Konkurs betreibende Arrestgläubiger hat — wie eben erwähnt — keine besondere Ansprüche auf die Arrestobjekte²⁵⁵. Das Kostenprivileg hingegen bleibt dem Arrestgläubiger gewährt. Das Gesetz enthält keinen Vorbehalt dahinlautend, dass die Arrestkosten nur in der Betreibung auf Pfändung vorweg genommen werden dürfen. Folglich gilt dies auch für die Konkursbetreibung^{256 257}, wobei die Arrestkosten in der Reihenfolge hinter die Massenkosten zu stehen kommen.

§ 22. Die Wechselbetreibung

Für Forderungen, die sich auf einen Wechsel oder Check gründen, kann — sofern dies der Gläubiger in seinem Betreibungsbegehren verlangt — die Arrestprosequierung durch die Wechselbetreibung erfolgen, vorausgesetzt, dass der Schuldner der Konkursbetreibung unterliegt²⁵⁸.

Angesichts der Tatsache, dass bei der Wechselbetreibung die Konkursandrohung bereits im Zahlungsbefehl enthalten ist, muss das Verfahren

253) Vgl. dazu Art. 160 ff.; v. Overbeck S. 136 ff.; Blumenstein S. 544 ff.; Brand in SJK K. 992, S. 1 ff.; Favre S. 235 ff..

254) Vgl. dazu Art. 197 ff.; v. Overbeck S. 158 ff.; Blumenstein S. 616 ff.; Favre S. 258 ff..

255) Vgl. BIZR 19/347.

256) G. M. Ott S. 91 a. E., 92 a. A.; Reichel Art. 281 N. 4; Blumenstein S. 851; Bonnard S. 177 und 277; a. M. Jaeger Art. 281 N. 5 a. E..

257) Im Entw I 1886 Art. 201 Abs. 2 wurde ausdrücklich bestimmt, dass der Arrestgläubiger auch im Konkurs die vom Arrest herrührenden Kosten aus dem Liquidationsergebnis dieser Gegenstände vorwegnehmen dürfe. So auch von Vorl I 1888 und Beschl BVers 1888 Art. 218.

258) Vgl. Gentinetta S. 12 ff..

schon von diesem Stadium an am ordentlichen Betreibungsort des Schuldners Platz greifen, ansonst Art. 52 Satz 2 nicht Genüge getan wird.

Für das Verfahren als solches kommen die Bestimmungen der gewöhnlichen Wechselbetreibung zur Anwendung²⁵⁹, wobei zu bemerken bleibt, dass der Gläubiger selbstverständlich binnen zehn Tagen nach Zustellung der Arresturkunde die Betreibung anzuheben hat. Zur Beseitigung eines allfälligen Rechtsvorschlags hat der Gläubiger innerhalb einer zehntägigen Frist seit Mitteilung des Bewilligungsentscheides des Rechtsvorschlags die Wechselklage gemäss Art. 186 SchKG anzuheben, um ein Dahinfallen des Arrestes zu verhindern²⁶⁰. Falls gegen den Entscheid über die Bewilligung des Rechtsvorschlags Berufung erhoben und dieser Suspensiveffekt zuerkannt worden ist, läuft die erwähnte Frist erst vom Entscheid der oberen kantonalen Instanz an.

§ 23. Die Konkurseröffnung ohne Betreibung

Das schweizerische Schuldbetreibungs- und Konkursrecht ermöglicht bekanntlich unter gewissen in Art. 190 ff. SchKG aufgezählten Fällen²⁶¹ eine Konkurseröffnung ohne vorangehendes Einleitungsverfahren. Die Frage, ob durch diese vereinfachte Zwangsexekution ein Arrest gültig prosequiert werden kann, ist wohl dann zu bejahen, wenn zugleich die Voraussetzungen für die Erwirkung eines Arrestes als auch diejenigen zur Vornahme einer Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung erfüllt werden. Die Tatsache, dass in Art. 278 Abs. 1 SchKG dem Gläubiger die Pflicht auferlegt wird, die Betreibung anzuheben, falls eine solche bzw. eine Klage nicht schon hängig ist, bedeutet nicht den Ausschluss der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung. Man muss m. E. vielmehr annehmen, dass der Gesetzgeber bei der Aufstellung dieser Arrestprosequierungsbestimmung diesen Fall nicht im Auge hatte. Die Pflicht zur Prosequierung eines vorangehenden Arrestes durch eine nachträgliche Anhebung der Betreibung erscheint nur soweit als gerechtfertigt, als dies überhaupt möglich, nicht zwecklos und dem Gläubiger zumutbar ist. Bei Vorliegen eines in Art. 190 genannten Gründen aber werden diese eben angeführten Voraussetzungen nicht mehr erfüllt, und eine Rücksichtnahme gegenüber dem Schuldner drängt sich nicht mehr auf.

Das Verfahren geht trotz vorheriger Einwirkung eines Arrestes in gleicher Weise vor sich²⁶². Dies gilt insbesondere auch für den Ort mit Ausnahme des schon weiter hinten erwähnten²⁶³ Falles, wo bei unbekanntem

259) Vgl. dazu Art. 177 ff.; v. Overbeck S. 147 ff.; Blumenstein S. 579 ff.; Jaeger und Jaeger/Daeniker zu Art. 177 ff.; Favre in SJK K. 699; Leemann S. 37 ff.; Voegeli S. 61 ff.; Riemer a.a.O.; Favre S. 245 ff..

260) Siehe Blumenstein S. 853; Jaeger Art. 278 N. 10.

261) Vgl. zu den einzelnen Gründen Gentinetta S. 5 ff..

262) Vgl. v. Overbeck S. 154 ff.; Blumenstein S. 594 ff.; Gentinetta S. 58 ff.; Favre S. 252 ff..

263) S. 92.

Aufrechterhalt des Schuldners die Botschaftsstellung auch am Arrestort erfolgen kann, falls innerhalb der Schweiz kein anderer Betreibungswand gegeben ist.

3. Abschnitt

DIE PROSEQUIERUNG DES ARRESTES MIT VORGÄNGIGER BETREIBUNG

§ 24. Die Dispensation von der Anhebung einer neuen Betreibung

Zur Prosequierung eines Arrestes eignet sich grundsätzlich auch eine von der Arrestnahme, oder genauer ausgedrückt, von der Ausstellung der Arresturkunde²⁶⁴ aufgehobene Betreibung. Dies ergibt sich unmittelbar aus Art. 178 Abs. 1 SchKG, wo nur demjenigen Arrestgläubiger die Pflicht auferlegt wird, die Betreibung einzuleiten, der nicht bereits Klage oder Betreibung angehoben hat. Im letzteren Fall ist der Arrest selbst von der Anhebung einer neuen Betreibung dispensiert²⁶⁵, vorausgesetzt, dass die bereits aufgehobene Betreibung für dieselbe Forderung eingeleitet wurde und noch zu Recht besteht, also nicht aus irgendeinem Grunde in Wegfall gekommen ist²⁶⁶. Unter den gleichen Voraussetzungen gilt diese Dispensation namentlich auch für den Fall, wo der Gläubiger von Ausstellung der Arresturkunde für den ganzen Betrag der Forderung eine Betreibung auf Pfandverwertung angehoben hat²⁶⁷.

§ 25. Die Umwandlung der vorgängigen Betreibung in eine Arrestbetreibung

Durch die Erwirkung eines Arrestes nimmt die vorgängige ordentliche Betreibung den Charakter einer Arrestbetreibung an. Dies bedeutet zwar nicht, dass das am ordentlichen Betreibungsort eingeleitete Verfahren nun am Forum arresti fortgesetzt werden muss, falls diese beiden Orte voneinander abwichen²⁶⁸. Aber im übrigen kommen die für die nächstnächst aufgehobene Arrestbetreibung geltenden Grundsätze sinngemäss zur Anwendung, und es gilt namentlich die in Art. 178 vorgeschriebenen Fristen einzuhalten. In einem Satz ausgedrückt, verhalten sich die Dinge also ganz gleich wie bei der nach der Ausstellung der Arresturkunde am ordentlichen Betreibungsort angehobenen Arrestbetreibung, was insbesondere auch zur

²⁶⁴ Vgl. § 14.

²⁶⁵ Vgl. Ott S. 114; Bonnard S. 284 ff.; ZBJV 77 137 (=SSoK § 117 Abs. 2, 118 1379).

²⁶⁶ Vgl. auch PCE 37 I 155 (=SSoK 1991 S. 177 155, 162) = PCE 34 I 849.

²⁶⁷ Vgl. Bonnard S. 284 u. W. PCE 33 110 22 (=Pn 15 121 Z. 3, 328 33 32 Z. 4).

²⁶⁸ Dies kann jedoch auf ein Begehren seitens des Arrestgläubigers geschehen (vgl. unten S. 165).

Folge hat, dass die Pfändung nicht eine beschränkte, und die Ausstellung eines Verstecksbills bei nicht vollständiger Deckung gestattet ist. Hinzuzufügen bleibt noch, dass ein Gläubiger, der nach Erhebung des Rechtsvorzuges durch den Schuldner einen Arrest legen lässt, nicht gehalten ist, die ersten Schritte zur Beendigung desselben binnen zehn Tagen nach Kenntnissnahme vom Rechtsvorzuge zu unternehmen, sondern erst innerhalb einer zehntägigen Frist mit Ausstellung der Arresturkunde. Analog hat der Gläubiger, der nach seiner Abweisung im Rechtsöffnungsverfahren einen Arrest erwirkt, die Arrestprosequierungsklage erst zehn Tage nach Entgegennahme der Arresturkunde einzuleiten.

4. Abschnitt

DIE PROSEQUIERUNG DES ARRESTES MIT VORGÄNGIGER KLAGE

§ 26. Die Pflicht zur nachträglichen Anhebung der Betreibung

Hat der Gläubiger schon vor der Arrestnahme, oder genauer ausgedrückt, vor der Ausstellung der Arresturkunde²⁶⁹ die Klage auf Anerkennung der Forderung eingereicht, so ist er gemäß Art. 272 Abs. 3 ZbKG gehalten, binnen zehn Tagen nach Mittheilung des Urtheils Betreibung anzuheben, ansonst der Arrest laien Abs. 4 der genannten Gesetzesbestimmung schiefhinfällt. Das Urtheil geschwiegen ist ein allfälliger Vergleich oder eine Anerkennung unter der Bedingung²⁷⁰. Art. 272 Abs. 3 kommt namentlich auch zur Anwendung, falls es sich um eine Gensurforderung handelt. In diesem Falle hat der Gläubiger, um den Arrest gültig prosequieren zu können, zehn Tage nach Kenntnissnahme vom Entscheid der zuständigen Verwaltungs- oder verwaltungsgesellschaftlichen Behörde die Betreibung anzuheben²⁷¹.

§ 27. Die besonderen Merkmale der nachträglich anzuhebenden Betreibung

Der zehntägige Frist zur Anhebung der Betreibung läuft logischerweise erst von der Mittheilung des letztinstanzlichen Urtheils an²⁷². Jedoch mit Rücksicht auf die Tatsache, dass der Gesetzgeber mit der Statuirung der zehntägigen Frist zur Anhebung der Betreibung bezweckte, dass der Gläubiger möglichst bald in Besitz eines Zahlungseinfalles gelangt, wenn wohl angenommen werden, dass mit der Anhebung der Betreibung nichts gewartet werden kann, bis überhaupt alle Rechtsmittelfristen — namentlich die

269) Vgl. S. 1 ff..

270) Vgl. Jaeger Art. 272 N. 17.

271) BGE 51 III 82 ff. (=Rn. 13 23 ff., Lrr. S. 112 f.) und die dort angeführten Citate; Blumenstein, System S. 394.

272) Vgl. MSchK 3/160 (=BGE 35 I 830 E. 2).

für die Revision — abgelaufen sind²⁷³. Während der Pendenz einer Arrestaufhebungsklage steht die Frist laut Art. 279 Abs. 2 SchKG still. Aus den Zusatzakten zum französisch-schweizerischen Gerichtsstandvertrag geht nicht einwandfrei hervor, ob der Arrestgläubiger, der seine Forderung schon vor der Zustellung der Arresturkunde beim natürlichen Richter des Arrestschuldners in Frankreich eingeklagt hat, verpflichtet ist, die Betreibung innert der zehntägigen Frist des Art. 278 Abs. 3 SchKG oder innerhalb der dreissigtägigen des Art. 1 Z. 2 der VO 1936 anzuheben. Richtiger und billiger ist es wohl, die dreissigtägige Frist als massgebend zu betrachten, denn der Hauptgrund, warum in den Zusatzakten dem Arrestgläubiger längere Fristen gewährt werden — nämlich wegen den grösseren Distanzen und des internationalen Verkehrs überhaupt — liegt im Falle, wo die Klage schon in einem früheren Zeitpunkt angehoben wird, ebenfalls vor²⁷⁴.

Das Betreibungsbegehren ist grundsätzlich am Forum arresti anzubringen, und zwar auch dann, wenn das Urteil an einem anderen Ort ergangen ist.

Im übrigen verhält es sich bei dieser nachträglich angehobenen Betreibung gleich wie bei der vor der Anerkennungsklage eingeleiteten Arrestbetreibung mit der selbstverständlichen Ausnahme, dass der Schuldner den Bestand der Forderung nicht mehr bestreiten kann. Somit wird es in der Regel dem Gläubiger erspart bleiben, binnen den in Art. 278 Abs. 2 vorgesehenen Fristen die nötigen Schritte zur Beseitigung eines allfälligen Rechtsvorschlags zu unternehmen. Da aber der Rechtsvorschlag nicht nur zur Anfechtung des Bestandes der Forderung dient, sondern auch zur Bestreitung der Geltendmachung derselben auf dem Wege der Betreibung und speziell zur Einrede des Schuldners, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen, falls die Betreibung auf Grund einer Verlustscheinforderung angehoben wurde, ist es nicht ausgeschlossen, dass ein Rechtsvorschlag erfolgt. In einem solchen Fall ist aber der Gläubiger verpflichtet, die zehntägige Frist des Art. 278 Abs. 2 zu beachten. Er ist zudem auch gehalten, binnen zehn Tagen, nachdem er tatsächlich dazu in die Lage versetzt wurde, das Pfändungsbegehren zu stellen, falls er sich gemäss Art. 281 Abs. 1 SchKG der provisorischen Pfändung anderer Gläubiger anschliesst. In dieser Hinsicht als nicht ganz präzise erscheint m. E. die Auffassung des Bundesgerichts²⁷⁵, nach der sich die Pflicht des Gläubigers bei einer nach der Aburteilung der Anerkennungsklage angehobenen Betreibung in der fristgemässen Stellung des Betreibungsbegehrens erschöpft.

Falls bei der Zustellung der Arresturkunde neben der Klage auch schon die Betreibung angehoben war, so kann nach Erlass des Urteils einfach die Fortsetzung der Betreibung verlangt werden.

273) G. M. Bonnard S. 288.

274) Vgl. dazu auch Botsch BR 1936 a.a.O. S. 696.

275) BGE 35 I 829.

Wenn im Zeitpunkt der Arrestnahme der Prozess über die Anerkennung der Forderung schon sein Ende gefunden hat, so ist der Gläubiger gehalten, binnen zehn Tagen nach Empfang der Arresturkunde die Betreibung anzuheben, vorausgesetzt, dass er dies noch nicht getan hat.

Was schliesslich die Zulässigkeit der Anhebung der Forderungsklage nach der Zustellung der Arresturkunde und der Einleitung der Arrestbetreibung oder gleichzeitig mit denselben aber vor einem allfälligen Rechtsvorschlag anbelangt, so wurde dies durch das zürcherische Obergericht²⁷⁶ bejaht, aber vom Handelsgericht²⁷⁷ verneint mit der Begründung, dass auf die Arrestanerkennungsklage solange nicht eingetreten werden dürfe, bis der Zahlungsbefehl zugestellt, und dagegen Rechtsvorschlag erhoben worden sei, da diesen beiden letzteren die Eigenschaft von besonderen Prozessvoraussetzungen für die Anerkennungsklage zukomme. Diese Auffassung vermag nicht zu überzeugen. Es erscheint m. E. als unerklärlich, warum die Einleitung der Arrestbetreibung und die Opposition gegen dieselbe durch den Arrestschuldner Prozessvoraussetzungen zur Anhebung der Anerkennungsklage sein sollen. Zu einer solchen Annahme besteht gar kein Grund. Diese Klage, mit der die Abklärung des streitigen Forderungsverhältnisses begehrt wird, kann ja auch schon vor der Betreibung angehoben werden; diesen Fall sieht Art. 278 Abs. 3 SchKG ausdrücklich vor. Somit ist nicht einzusehen, warum die Klage nicht auch mit oder nach der Betreibung aber vor einem allfälligen Rechtsvorschlag angehoben werden soll, umso mehr als damit keinerlei Arrestprosequierungsvorschriften verletzt werden.

276) BIZR 22/316.

277) BIZR 42/345 f..

LEBENS LAUF

Ich wurde am 29. Dezember 1926 in Lausanne geboren. Die ersten Jahre meiner Kindheit verbrachte ich in Bern, wo ich auch die Primarschule besuchte. Im Frühjahr 1937 übersiedelte ich mit meiner Familie nach der Türkei. Dort absolvierte ich die Mittelschulen und kehrte im Jahre 1946 in die Schweiz zurück. Hier angekommen, begann ich mich auf die Eidgenössische Maturitätsprüfung vorzubereiten, die ich im Herbst 1948 in Basel bestand. Anschliessend liess ich mich an der Universität Zürich immatrikulieren, wo ich bis zum Abschluss der Prüfungen im Sommer 1954 ununterbrochen studiert habe.

